



# Sintesi

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA E DI DOTTRINA

N. 9

## GREEN PASS, FREEPASS, PASSPARTOUT O BYPASS? L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DEL LEGISLATORE ITALIANO

DI BARBARA GARBELLI PAG. 7



### DOTTRINA

- ◆ **Lavoro a termine e le causali previste dai contratti collettivi. Una norma poco chiara**  
DI ALBERTO BORELLA PAG. 15
- ◆ **Avvisi di addebito: riparte il confronto sui contributi Inps**  
DI MAURO PARISI PAG. 18
- ◆ **Corte europea: legge applicabile al rapporto**

**di lavoro? la scelta è rimessa alle parti o quasi**  
DI LAURA ANTONIA DI NUNZIO PAG. 21

- ◆ **La corretta declinazione della Clausola Sociale nell'affidamento degli appalti pubblici**  
DI PAOLO PALMACCIO PAG. 24
- ◆ **Una faq (non) ci salverà** DI MANUELA BALTOLU PAG. 27
- ◆ **Dal premio di fedeltà**

**al trattamento di fine rapporto**  
DI ARMANDO PROIA PAG. 29

- ◆ **Organizzazioni datoriali e dei lavoratori: un salto nella storia**  
DI LUCA DI SEVO PAG. 32
- ◆ **Il patto di non concorrenza del lavoratore, tra diritto e prassi** DI ANTONELLA ROSATI PAG. 34

### RUBRICHE

- ◆ **IL PUNTO** PAG. 2
- ◆ **SENZA FILTRO**  
La storia di Anna e Marco  
DI ANDREA ASNAGHI PAG. 37
- ◆ **UNA PROPOSTA AL MESE**  
Part-time e Ticket licenziamento: poniamo fine ad una discriminazione  
DI ALBERTO BORELLA PAG. 41

LavoroDirittiEuropa

Rivista Nuova di Diritto del Lavoro

PAG. 54

### SENTENZE

- ◆ **Esclusione della responsabilità aziendale per mobbing laddove non vi sia conoscibilità delle condotte vessatorie** DI ROBERTA SIMONE PAG. 45
- ◆ **Cessione di un ramo d'azienda inefficace: il lavoratore ha diritto alla ricostituzione del rapporto di lavoro con il cedente indipendentemente da quanto conciliato**

- con il cessionario DI RICCARDO BELLOCCHIO PAG. 45
- ◆ **Specifiche sull'indennità supplementare al Tfr per i Dirigenti industriali** DI ANGELA LAVAZZA PAG. 46
- ◆ **Gli elementi tipici della subordinazione nel rapporto di lavoro giornalistico: l'orientamento della Cassazione** DI ANDREA DI NINO PAG. 47
- ◆ **La sentenza passata in giudicato, anche se non**

- esecutiva, accerta l'esistenza del diritto di credito e sospende la prescrizione** DI ELENA PELLEGGATA PAG. 49
- ◆ **Le anticipazioni del trattamento di fine rapporto, se non supportate da idoneo titolo, pagano la contribuzione ordinaria** DI PAOLO PALMACCIO PAG. 50
- ◆ **Prova del diritto agli sgravi** DI SABRINA PAGANI PAG. 50
- ◆ **Risarcimento del danno da perdita**

- di chance** DI STEFANO GUGLIEMI PAG. 51
- ◆ **Recesso anticipato del dirigente a tempo determinato: la condanna a titolo risarcitorio non configura danno pensionistico** DI CLARISSA MURATORI PAG. 52
- ◆ **Quando la discriminazione sul lavoro è indiretta** DI LUCIANA MARI PAG. 53

**Direttore Responsabile**  
POTITO DI NUNZIO

**Redattore Capo**  
D. MORENA MASSAINI

**Redazione**  
ANDREA ASNAGHI  
RICCARDO BELLOCCHIO  
STELLA CRIMI  
ALESSANDRO PROIA

**Segreteria di Redazione**  
VALENTINA BROGGINI  
SARA MANGIAROTTI

**Progetto e Realizzazione Grafica**  
ELENA DIZIONE  
ELEONORA IACOBELLI

Sede: Via Aurispa 7, 20121 - Milano.  
Tel. 0258308188 [www.consulentidellavoro.mi.it](http://www.consulentidellavoro.mi.it)  
Editore: Consiglio Provinciale dei Consulenti  
del Lavoro di Milano. Via Aurispa, 7, 20121  
- Milano Tel. 0258308188 - Fax. 0258310605  
[cpo.milano@consulentidellavoro.it](mailto:cpo.milano@consulentidellavoro.it)  
[PEC.ordine.milano@consulentidellavoropec.it](mailto:PEC.ordine.milano@consulentidellavoropec.it)  
[redaz.sintesi@gmail.com](mailto:redaz.sintesi@gmail.com)  
Mensile - Registrazione Tribunale di Milano  
n. 19 del 30 gennaio 2015

## COMMISSIONE STUDI E RICERCHE DELL'ORDINE CONSULENTI DEL LAVORO DELLA PROVINCIA DI MILANO

**Presidente dell'Ordine  
e Coordinatore scientifico del CSR**  
Potito di Nunzio

**Sezione Studi e Ricerche:**  
**Coordinatore Riccardo Bellocchio**  
Luigi Ambrosio, Riccardo Bellocchio,  
Fabio Bonato, Maurizio Borsa,  
Barbara Brusasca, Gianfranco Curci,  
Andrea Di Nino, Luca Di Sevo,  
Alessandro Dicesare, Stefano Guglielmi,  
Angela Lavazza, Luciana Mari, Patrizia Masi,  
D. Morena Massaini, Massimo Melgrati,  
Erika Montelatici, Roberto Montelatici,  
Sabrina Pagani, Silvana Pagella,  
Fabio Pappalardo, Antonella Rosati

**Sezione Semplificazione normativa:**  
**Coordinatore Andrea Asnaghi**  
Anna Adamo, Andrea Asnaghi,  
Marco Barbera, Brunello Barontini,  
Gianluca Belloni, Luca Bonati,  
Valentina Brogchini, Marco Cassini,  
Alberta Clerici, Gabriele Correrà,  
Valentina Curatolo, Dolores D'Addario,  
Simone Di Liello, Mariagrazia di Nunzio,  
Potito di Nunzio, Chiara Favalaro,  
Valentina Fontana, Roberta Garascia,  
Alessandro Graziano, Paolo Lavagna,  
Stefano Lunghi, Nicola Mancini,  
Sara Mangiarotti, Giuseppe Mastalli,  
Caterina Matacera, Elena Reja, Paolo Reja,  
Emilia Scalise, Daniela Stochino, Moira Tacconi

**Sezione Formazione e aggiornamento  
professionale: Coordinatrice Stella Crimi**  
Gabriele Badi, Francesca Bravi,  
Simone Colombo, Isabella Di Molfetta,  
Donatella Gerosa, Luca Paone, Roberto Piccini,  
Isabella Prati, Alessandro Proia,  
Alessandro Ruso, Maria Grazia Silvestri,  
Marianna Tissino, Enrico Vannicola.

Con il sostegno di



Unione Provinciale di Milano

# GREEN PASS IN AZIENDA: le previsioni del decreto, le difficoltà operative e il dibattito in corso sulla sua legittimità costituzionale

Con Decreto legge n. 127 pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 226 del 21.9.21 sono state dettate misure urgenti per assicurare lo svolgimento in sicurezza del lavoro pubblico e privato mediante l'estensione dell'ambito applicativo della certificazione verde COVID-19 e il rafforzamento del sistema di *screening*. Del Decreto legge sono state date ampie anticipazioni dal Governo e dalla stampa. Tuttavia, gli interrogativi che il decreto sta suscitando sono molteplici, sia dal punto di vista pratico-applicativo che dal punto di vista di tenuta legale.

Qui di seguito propongo una sintesi (con commenti in grassetto) delle norme di principale interesse per l'ambito privato, applicabili a qualsiasi tipologia di rapporto di lavoro.

### *Chi deve possedere il green pass?*

1. Dal 15 ottobre 2021 e fino al 31 dicembre 2021 (termine di cessazione dello stato di emergenza), chiunque svolge una attività lavorativa nel settore privato ha l'obbligo, **ai fini dell'accesso ai luoghi in cui la predetta attività è svolta, di possedere e di esibire, su richiesta**, la certificazione verde COVID-19.
2. L'obbligo di possesso ed esibizione di cui al punto che precede vale nei confronti di tutti i soggetti che svolgono, a qualsiasi titolo, la propria attività lavorativa o di formazione o di volontariato nei predetti luoghi, anche sulla base di contratti esterni.
3. Le disposizioni di cui ai punti 1 e 2 non si applicano ai soggetti esenti dalla campagna vaccinale sulla base di idonea certificazione medica rilasciata secondo i criteri definiti con circolare del Ministero della salute.

**La norma presenta qualche incongruenza. La verifica del possesso del green pass viene esclusa per i soggetti esenti dalla campagna vaccinale (ossia per coloro che, per prescrizione medica, non possono vaccinarsi). Tuttavia, anche questi soggetti potrebbero contrarre il virus e avere il green pass sottoponendosi a costanti tamponi. Non si comprende il motivo di una simile esclusione che potrebbe costare all'azienda il diffondersi del contagio. Per inciso, si ricorda che continuano ad applicarsi tutte le norme di sicurezza aziendale per prevenire la diffusione del Covid-19 (DPI, controllo corporeo della temperatura, ecc.) previste dai protocolli dell'aprile 2020. Infatti, ▶**



lo stesso Governo (Faq del 27.9.2021) ha ribadito che il *green pass* non fa venir meno le regole di sicurezza previste da linee guida e protocolli vigenti.

**Chi controlla il possesso del *green pass*?**

I datori di lavoro sono tenuti a verificare il rispetto delle prescrizioni di cui ai punti 1 e 2; le verifiche nel caso di cui al punto 2 sono eseguite sia dai datori di lavoro che dai soggetti presso i quali l'attività è svolta.

Qui i problemi si intensificano. Si pensi ai lavoratori che prestano la loro attività in trasferta o addirittura in trasferimento, cioè al di fuori della sede aziendale e con accesso nei locali di committenti diversi. In questo caso sembra che obbligato alla verifica del possesso del *green pass* non sia soltanto il committente "ospitante", ma anche il datore di lavoro. Non è dato sapere come il datore di lavoro potrà verificare il *green pass* del lavoratore se questi non si reca in azienda. Tra l'altro, per motivi legati al rispetto della normativa sulla *privacy*, non è possibile neanche registrare e conservare i dati relativi al *green pass*, neanche quelli relativi alla sua scadenza. Inoltre, l'azienda dovrebbe essere avvisata dal committente dell'assenza del lavoratore affinché possa i) garantire al committente la corretta prestazione prevista contrattualmente sostituendo il lavoratore impossibilitato a svolgere la commessa, ii) provvedere a trattare l'assenza del lavoratore come assenza ingiustificata, come previsto dal Legislatore (vedi in prosieguo). In attesa degli opportuni chiarimenti, il prossimo 15 ottobre sarebbe opportuno richiamare in azienda tutti i dipendenti e controllare il possesso del *green pass* in modo da non consentire la prestazione a coloro i quali ne risultassero privi.

Il Governo (Faq del 27.9.2021) ha specificato, inoltre, che

a) Il libero professionista quando accede nei luoghi di lavoro pubblici o privati per lo svolgimento della pro-

pria attività lavorativa viene controllato dai soggetti previsti dal decreto-legge n. 127 del 2021.

- b) Il titolare dell'azienda che opera al suo interno viene controllato dal soggetto individuato per i controlli all'interno dell'azienda.
- c) Chi lavora sempre in *smart working* NON deve avere il *green pass*: il *green pass* serve, infatti, per accedere ai luoghi di lavoro. In ogni caso lo *smart working* non può essere utilizzato allo scopo di eludere l'obbligo della certificazione verde.

**Come si effettuano i controlli?**

Entro il 15 ottobre 2021 i datori di lavoro:

- definiscono le modalità operative per l'organizzazione delle verifiche, *anche a campione*, prevedendo *prioritariamente, ove possibile*, che tali controlli siano effettuati al momento dell'accesso ai luoghi di lavoro, e
- individuano con atto formale i soggetti incaricati dell'accertamento delle violazioni degli obblighi a carico dei lavoratori.

Le verifiche delle certificazioni verdi COVID-19 sono effettuate con le modalità indicate con D.p.c.m.

Il decreto ha posto in capo al datore di lavoro stringenti norme per l'effettuazione dei controlli. Innanzitutto, bisognerà individuare l'addetto al controllo con atto formale; successivamente occorrerà formalizzare l'incarico per atto scritto, informando di ciò anche i lavoratori. La norma prevede inoltre che sarà possibile effettuare controlli a campione, modalità che ci sentiamo di sconsigliare viste le pesanti sanzioni per la mancata effettuazione dei controlli e soprattutto perché, non potendo registrare il possesso del *green pass*, non è possibile costituirsi prova dell'adempimento.

**Cosa accade se il lavoratore non è in possesso del *green pass*?**

Al fine di tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori nel luogo di lavoro, i lavoratori ➤



- nel caso in cui *comunicano di non essere in possesso* della certificazione verde COVID-19 o
  - qualora *risultino privi* della predetta certificazione al momento dell'accesso al luogo di lavoro,
- sono considerati ***assenti ingiustificati fino alla presentazione della predetta certificazione*** e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2021 (termine di cessazione dello stato di emergenza), ***senza conseguenze disciplinari e con diritto alla conservazione del rapporto di lavoro.***

Per i giorni di assenza ingiustificata ***non sono dovuti la retribuzione né altro compenso*** o emolumento, comunque denominato.

**Su questo argomento va aggiunto che non sarà ovviamente dovuta alcuna contribuzione previdenziale, assistenziale o assicurativa. L'assenza ha la stessa natura di una aspettativa non retribuita prevista per legge o per contratto collettivo anche se deriva da una libertà individuale del lavoratore di non prestare attività lavorativa, perché non in possesso di *green pass*. Non si comprende perché il Legislatore qualifichi tale assenza come "ingiustificata" se poi non vi ricollega alcuna sanzione disciplinare; forse sarebbe stato meglio qualificarla come assenza giustificata ma non retribuita.**

***Per le imprese con meno di quindici dipendenti valgono regole diverse?***

Si, in questi casi valgono regole differenti: dopo il quinto giorno di assenza ingiustificata, il datore di lavoro può *sospendere* il lavoratore

- per la durata corrispondente a quella del contratto di lavoro stipulato per la sostituzione,
- comunque per un periodo non superiore a dieci giorni,
- rinnovabili per una sola volta, e non oltre il predetto termine del 31 dicembre 2021.

**Questa norma complicherà parecchio l'organizzazione dell'attività delle piccole aziende perché, per poter assumere**

**un lavoratore a termine in sostituzione, bisogna attendere il quinto giorno di assenza ingiustificata del dipendente senza il *green pass*. Il contratto avrà una durata iniziale di 10 giorni per poi poter essere prorogato ulteriormente (per una sola volta) e comunque non oltre il 31 dicembre 2021. Si tratta di una ipotesi di contratto a termine escluso dalla disciplina legale su tali contratti? A nostro avviso no, ma anche in questo caso il Legislatore nulla ha precisato.**

***È punito l'accesso di lavoratori ai luoghi di lavoro in violazione degli obblighi di possesso del *green pass*?***

Si, il Decreto legge prevede l'applicazione di una sanzione compresa tra euro 600 e euro 1500; restano ferme le *conseguenze disciplinari* secondo i rispettivi ordinamenti di settore.

***Cosa accade se il datore di lavoro non verifica il rispetto delle norme che prescrivono il possesso del *green pass*?***

In questo caso la sanzione applicabile è la seguente: sanzione compresa tra euro 400 e euro 1000.

***Cosa accade se il datore di lavoro non adotta le misure organizzative prescritte?***

In questo caso la sanzione applicabile è la seguente: sanzione compresa tra euro 400 e euro 1000.

***Cosa accade al datore di lavoro se i lavoratori accedono ai luoghi di lavoro privi del *green pass*?***

In questo caso la sanzione applicabile è la seguente: sanzione compresa tra euro 400 e euro 1000.

**Come anticipato, da una parte il legislatore stabilisce la possibilità di effettuare controlli anche a campione, mentre da altra parte prevede sanzioni se non si effettuano i controlli.**

**In sede di *Faq* del 27.9.2021 il Governo ha specificato che le aziende che effettueranno controlli a campione sul personale non incorreranno in sanzioni nel caso in cui un controllo delle autorità dovesse ri- ➤**



scontrare la presenza di lavoratori senza **green pass a condizione che** i controlli siano stati effettuati nel rispetto di adeguati modelli organizzativi come previsto dal Decreto-legge n. 127 del 2021.

Come si è notato non mancano (ahimè) le FAQ che oltre a quanto già riportato sopra, richiamano una serie di casi nei quali il **green pass è obbligatorio** ! Chissà se i giudici le considereranno fonti di diritto.

#### FAQ DEL GOVERNO: IL GREEN PASS - VALIDITÀ

Si legge dal sito del Governo circa la durata della Certificazione, variabile a seconda della prestazione sanitaria a cui è collegata:

In caso di **vaccinazione**:

1. per la **prima dose** dei vaccini che ne richiedono due, la Certificazione sarà generata **dal 12° giorno dopo la somministrazione** e avrà **validità a partire dal 15° giorno fino alla dose successiva**;
2. nei casi di **seconda dose e dose unica per infezione precedente alla vaccinazione o infezione successiva almeno dopo 14 giorni dalla prima dose**, la Certificazione sarà generata **entro un paio di giorni** e sarà valida per **12 mesi** dalla data di somministrazione;
3. nei casi di vaccino monodose, la Certificazione sarà generata **dal 15° giorno dopo la somministrazione** e sarà valida per **12 mesi**.

Nei casi di **tampone negativo** la Certificazione sarà generata in poche ore e avrà validità per **48 ore dall'ora del prelievo**.

Nei casi di **guarigione da COVID-19** la Certificazione sarà generata entro il giorno seguente e avrà validità per **180 giorni (6 mesi)**.

**ATTENZIONE:** a partire dal 19 settembre 2021, la validità delle Certificazioni verdi Covid-19 già emesse per completamento del ciclo vaccinale verrà automaticamente portata a 12 mesi dalla Piattaforma nazionale DGC. L'App di verifica applicherà i nuovi criteri di validità semplicemente

leggendo il QR Code, che non cambierà, anche se nella certificazione vi è ancora scritto "Validità in Italia: 9 mesi". Per un breve periodo transitorio dopo la pubblicazione in Gazzetta ufficiale della Legge di conversione del decreto legge 105 del 2021, anche le nuove Certificazioni potrebbero riportare scritto "Validità in Italia: 9 mesi", ma saranno comunque valide 12 mesi.

Si rammenta in conclusione che la Certificazione viene generata in **automatico** e messa a disposizione **gratuitamente** nei seguenti casi:

1. aver **effettuato la prima dose o il vaccino monodose da 15 giorni**;
2. aver **completato il ciclo vaccinale**;
3. essere **risultati negativi a un tampone molecolare o rapido** nelle 48 ore precedenti;
4. essere **guariti da COVID-19 nei sei mesi precedenti**.

Si rimanda infine alla circolare del Ministero della Salute del 24 settembre u.s. che riassume i vari tipi di tamponi che sono ad oggi eseguibili nel nostro territorio. In particolare, leggendo le FAQ si apprende (alla luce della citata circolare) che attualmente i test validi per avere la Certificazione verde Covid-19 sono i seguenti:

- **test molecolare:** permette di rilevare la presenza di materiale genetico (RNA) del virus; questo tipo di test è effettuato su un campione di secrezioni respiratorie, generalmente un tampone naso-faringeo ad oggi il gold standard, o su campione salivare secondo i criteri previsti dalla Circolare del Ministero della Salute del 24 settembre 2021.

- **test antigenico rapido** inserito nell'elenco comune europeo dei test antigenici rapidi per COVID-19: questo test effettuato tramite tamponi nasali, orofaringei o nasofaringei permette di evidenziare rapidamente (30-60 min) la presenza di componenti (antigeni) del virus. Deve essere effettuato da operatori sanitari o da personale addestrato che ne certifica il tipo, la data in cui è stato effettuato e il risultato e trasmette i dati per il tramite del Sistema Tessera Sanitaria alla Piattaforma nazionale-DGC per l'emissione della Certificazione.



Sono al momento esclusi autotest rapidi, test antigenici rapidi su saliva e test sierologici.

I **test molecolari su campione salivare** sono considerati un'opzione alternativa ai tamponi oro/nasofaringei esclusivamente in talune circostanze indicate nella richiamata circolare del Ministero della Salute.

**Concludo con una breve riflessione sulla discussione in corso in questo periodo e cioè se l'imposizione ai lavoratori sia costituzionalmente legittima. Sull'argomento si stanno confrontando/scontrando costituzionalisti, filosofi, sociologi, giuristi e giuslavoristi, sindacati, imprenditori e movimenti di piazza.**

Non v'è dubbio che siamo in presenza di una norma che tocca i diritti fondamentali dell'uomo (lavoro, sicurezza, salute, libertà individuale di autodeterminazione, ecc.) e le tesi sono tutte condivisibili anche se di segno contrario. Bisogna ricordarsi tuttavia che vivere in una comunità, civile ed organizzata giuridica-

**mente, comporta anche una serie di doveri da parte dei consociati. E tra i doveri c'è anche quello di non mettere a rischio la compressione dei diritti altrui.**

**Non è certo facile, per chi ci governa, contemperare i diritti di ognuno facendo scelte anche divisive che tendono comunque a mettere in sicurezza l'intera comunità e a favorire lo sviluppo sociale ed economico di tutti.**

La norma è transitoria e scadrà il 31 dicembre di quest'anno, data che coincide con il termine dello stato di emergenza che è l'unico motivo che può giustificare certe scelte. Ma definire questa norma un attentato alle libertà individuali, sinceramente, mi pare troppo. Sicuramente si poteva pasticciare meno, come abbiamo visto, facendo un rapido passaggio parlamentare evitando di usare la decretazione di urgenza per una norma che entra in vigore 24 giorni dopo la sua promulgazione.

# Green pass, freepass, passpartout o bypass?

## L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DEL LEGISLATORE ITALIANO

IL NUOVO DECRETO LEGGE N. 127/2021:

ANALIZZIAMO LA NORMA

**E'** stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il nuovo Decreto legge n. 127/2021, firmato dal Presidente della Repubblica, che estende l'obbligo di *green pass* a tutto il mondo del lavoro, pubblico e privato, a partire dal 15 ottobre e fino al 31 dicembre, data in cui cessa lo stato di emergenza.

Il decreto specifica che la certificazione verde si applica «a tutti i soggetti che svolgono a qualsiasi titolo la propria attività lavorativa o di formazione o di volontariato presso le amministrazioni, anche sulla base di contratti esterni».

Il *green pass* diventa quindi obbligatorio per:

- lavoratori della Pubblica amministrazione;
- dipendenti delle aziende private grandi e piccole;
- lavoratori autonomi;
- baby sitter, colf e badanti;
- titolari e dipendenti degli studi professionali (avvocati, commercialisti, consulenti del lavoro, architetti, ingegneri);
- tutti i titolari di Partita Iva.

L'obiettivo è quello di incrementare le vaccinazioni prima che, con l'arrivo dell'inverno, risalga la virulenza del nuovo coronavirus. Il provvedimento sull'estensione dell'obbligo di *green pass* per l'accesso a tutti i luoghi di lavoro, ha detto il premier Mario Draghi, è «un decreto per continuare ad aprire il Paese».

• **Rilascio e durata del green pass (art. 5 del D.l. n. 127/2021)**

Ricordiamo brevemente in quali casi vie-

ne rilasciato il *green pass*, con le relative modifiche apportate dal nuovo decreto:

- per aver completato la vaccinazione anti COVID-19 (in Italia viene emessa sia alla prima dose sia al completamento del ciclo vaccinale);
- essere negativi al test molecolare (validità certificazione 72 ore) o antigenico rapido (validità certificazione 48 ore);
- essere guariti dal COVID-19 negli ultimi 6 mesi.

Il nuovo decreto ha modificato la validità dei test: il test molecolare negativo è valido per 72 ore anziché 48, che invece rimane come validità del test antigenico rapido.

Inoltre il decreto legge stabilisce che per i guariti dal Covid il *green pass* viene rilasciato il giorno stesso della prima somministrazione della dose di vaccino (non si deve più aspettare 15 giorni) e, a seguito sia della prima dose che del completamento dell'intero ciclo, la certificazione avrà validità di dodici mesi da contare a partire dalla data di avvenuta guarigione.

• **Le disposizioni per il settore pubblico e privato: controlli e sanzioni**

I datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti a verificare il rispetto degli obblighi di *green pass* per l'ingresso al lavoro.

Gli stessi datori definiranno entro il 15 ottobre le modalità operative per l'organizzazione delle verifiche.

Ove possibile, i controlli dovranno essere effettuati preferibilmente al momento dell'accesso ai luoghi di lavoro, ma potranno anche essere effettuate delle verifiche ➤



## GREEN PASS, FREEPASS, PASSPARTOUT O BYPASS?

### L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DEL LEGISLATORE ITALIANO

che a campione.

I controlli sulle certificazioni saranno effettuati dagli stessi datori di lavoro, o in alternativa verrà individuato un soggetto incaricato dei controlli al momento dell'accesso al lavoro e delle contestazioni delle violazioni, che sarà nominato con apposita delega, così come specificato in precedenza dall'art. 13, comma 4, del D.l. n. 105/2021. Il D.l. n. 105 del 23.07.2021 stabilisce le modalità di controllo del *green pass*: la verifica delle certificazioni verdi sarà effettuata mediante la lettura del QR-code, utilizzando esclusivamente l'applicazione VerificaC19, che consente unicamente di controllare *l'autenticità, la validità e l'integrità* della certificazione, e di conoscere le generalità dell'intestatario, senza rendere visibili le informazioni che ne hanno determinato l'emissione.

Su eventuale richiesta del soggetto addetto alla verifica, l'intestatario del *pass* dovrà presentare idoneo documento di identità.

Il lavoratore sprovvisto di *green pass* sarà considerato «*assente ingiustificato*» fino alla presentazione della certificazione, comunque non oltre il 31 dicembre 2021, termine di cessazione dello stato di emergenza, e fin dal primo giorno di assenza non sarà corrisposta retribuzione né altro compenso o emolumento.

Nelle imprese con meno di 15 dipendenti, dopo il 5° giorno di assenza ingiustificata per il mancato possesso della certificazione, il datore di lavoro potrà decidere di sostituire il lavoratore assente, per un periodo non superiore a dieci giorni, e non oltre il termine del 31 dicembre 2021.

Il rapporto di lavoro in sostituzione potrà essere prorogato/rinnovato una sola volta per un ulteriore periodo di 10 giorni.

L'art. 3, comma 7 del D.l. n. 127/2021 infatti specifica «*comunque per un periodo non superiore a dieci giorni, rinnovabili per*

*una sola volta, e non oltre il predetto termine del 31 dicembre 2021*»

Sia per la Pubblica Amministrazione che per il settore privato verrà fatto salvo il diritto alla conservazione del posto di lavoro.

#### • *L'esenzione*

L'obbligo di *green pass*, come già previsto dal precedente D.L. n. 105/2021, non si applicherà «*ai soggetti esenti dalla campagna vaccinale sulla base di idonea certificazione medica rilasciata secondo i criteri definiti con circolare del Ministero della salute*».

#### • *I tamponi a prezzo calmierato*

Il decreto stabilisce che i tamponi per ottenere il *green pass* saranno a carico dei lavoratori ma con prezzi calmierati: 8 euro per i minorenni, 15 euro per i maggiorenni.

Le farmacie e tutte le strutture sanitarie convenzionate, autorizzate o accreditate con il Servizio Sanitario Nazionale e autorizzate dalle Regioni hanno l'obbligo di adeguarsi al prezzo calmierato dei tamponi.

Per le farmacie che non si adegueranno è prevista una sanzione amministrativa da euro 1000 a euro 10.000. Il prefetto può inoltre disporre la chiusura dell'attività fino a 5 giorni, compatibilmente con le esigenze di continuità del servizio.

I tamponi saranno gratuiti solo per coloro che non possono sottoporsi a vaccino, come da apposita certificazione medica.

#### • *Quali sono le sanzioni previste?*

Il decreto prevede due tipologie di sanzioni distinte:

- il lavoratore che entra nel luogo di lavoro non mostrando il certificato verde o omettendo i controlli è punito con sanzione da 600 a 1.500 euro;
- il datore del lavoro che non controlla i *pass* dei dipendenti è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da 400 a 1.000 euro. ➤



## GREEN PASS, FREEPASS, PASSPARTOUT O BYPASS?

### L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DEL LEGISLATORE ITALIANO

#### • *Le disposizioni in vigore per il secondo semestre 2021*

|   |   |
|---|---|
| <b>DA LUGLIO</b>                          | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Cerimonie civili e religiose</li> <li>• Residenze sanitarie assistenziali (Rsa)</li> </ul>   |
| <b>DAL 6 AGOSTO</b>                       | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Servizi di ristorazione per il consumo al tavolo, al chiuso</li> <li>• Spettacoli aperti al pubblico, eventi e competizioni sportive</li> <li>• Attività di sale da gioco, sale scommesse</li> <li>• Concorsi pubblici</li> <li>• Sagre e fiere, convegni e congressi, centri termali, parchi tematici e di divertimento</li> <li>• Strutture ospedaliere</li> <li>• Musei, mostre, Centri culturali, sociali e ricreativi al chiuso</li> <li>• Piscine, palestre, sport di squadra, centri benessere, se al chiuso</li> </ul> |
| <b>DAL 1° SETTEMBRE</b>                   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Scuola (obbligo per insegnanti e personale)</li> <li>• Università (obbligati docenti e studenti)</li> <li>• Aerei, treni, navi, traghetti, autobus di linea interregionali e a noleggio</li> </ul>   |
| <b>DALL'11 SETTEMBRE</b>                  | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Personale dei servizi educativi per l'infanzia</li> <li>• Centri provinciali e regionali di formazione</li> <li>• Chiunque accede alle strutture universitarie, alta formazione, artistica, musicale ecc.</li> </ul>   |
| <b>DAL 10 OTTOBRE (obbligo vaccinale)</b> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Addetti esterni agli istituti scolastici e universitari</li> <li>• Personale amministrativo, esterno (mensa e pulizie), ausiliari delle Rsa</li> </ul>   |
| <b>DAL 15 OTTOBRE</b>                     | <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Luoghi di lavoro pubblici e privati</b></li> <li>• <b>Attività di volontariato, Partite Iva, colf e badanti</b></li> <li>• magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, e dei componenti delle commissioni tributarie, nonché dei magistrati onorari.</li> </ul>  |

#### • *Obbligo vaccinale e green pass: il ruolo del Medico Competente*

Spesso capita che vengano accomunati - quando non equiparati - vaccino anti SARS-CoV-2 e *green pass*, quasi fossero la stessa cosa. Non è così: la disciplina del *green pass* non ha nulla a che fare con la disciplina della vaccinazione e con il tema dell'obbligo vaccinale.

Come sappiamo, l'art. 4 del D.l. n. 44/2021 ha introdotto l'obbligo di vaccinazione per: «*Gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, farmacie, parafarmacie e studi professionali sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2*», nel rispet-

to del piano vaccinale regionale.

A decorrere dal 10 ottobre 2021 tale obbligo è stato esteso, con l'inserimento nel D.l. n. 44/2021 dell'art. 4 *bis*, a tutti i soggetti anche esterni che svolgono, a qualsiasi titolo, la propria attività lavorativa nelle strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie e *hospice*.

Inoltre il decreto stabilisce che, qualora il lavoratore decida di non vaccinarsi, ove possibile, verrà adibito a mansioni, anche inferiori, col trattamento economico corrispondente alle mansioni che andrà ad esercitare, e che comunque non implicano rischi di diffusione del contagio. Quando il cambiamento di mansione non è possibile, il lavoratore sarà sospeso e non gli verrà corrisposta retribuzione, altro com- ➤

## GREEN PASS, FREEPASS, PASSPARTOUT O BYPASS?

### L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DEL LEGISLATORE ITALIANO

penso o emolumento (come nel caso della certificazione verde).

La sospensione mantiene efficacia fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021.

Con una circolare l'ANMA – Associazione Nazionale Medici d'Azienda e Competenti - è intervenuta in merito al ruolo del medico competente rispetto alla certificazione verde.

In tema «vaccino» il Medico Competente non è tra i soggetti individuati dal Legislatore nella disciplina che regola questa vaccinazione.

Mentre in relazione alla certificazione verde la circolare ricorda che:

- il *green pass* non è un documento sanitario ma un certificato;
- il rilascio di *green pass* può avvenire solo ed esclusivamente dalla Piattaforma nazionale Digital Green Certificate gestita direttamente dal Ministero della Salute;
- il Titolare del trattamento dei dati è il Ministero della Salute che designa come responsabili il Ministero dell'Economia, SOGEI S.p.A. e PAGO PA S.p.A.;
- il *green pass* può essere verificato esclusivamente dai soggetti indicati nella norma, tra i quali non è compreso il MC.

Con riferimento specifico al trattamento di dati personali riguardanti il *green pass*, assimilandolo a quello relativo alla vaccinazione dei dipendenti, il datore di lavoro deve assicurare che i *dipendenti* “non siano adibiti alla mansione lavorativa specifica senza il prescritto giudizio di idoneità” e nell'affidare i compiti ai lavoratori deve essere tenuto conto “delle capacità e delle condizioni degli stessi in rapporto alla loro salute e sicurezza”.

L'intero impianto normativo che regola il *green pass* non nomina mai il MC in nessun punto e per nessun aspetto e tantomeno offre qualche tipo di collegamento con

la idoneità/inidoneità del lavoratore.

Pertanto non vi è nessun dubbio oggi sul fatto che con il *green pass* il MC non solo non può, ma addirittura non deve avere a che fare, né trattando dati né tantomeno emettendo giudizi di idoneità/inidoneità.

#### MA È DAVVERO TUTTO COSÌ SEMPLICE E LINEARE? L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DEL LEGISLATORE ITALIANO: FACCIAMOCI DELLE DOMANDE E DIAMOCI (DA SOLI) DELLE RISPOSTE

##### • Cosa succede se il *green pass* scade durante l'orario di lavoro?

Negli ultimi giorni è uscita la notizia che alcuni insegnanti e personale Ata sono stati invitati dai dirigenti scolastici a lasciare il lavoro durante l'orario di servizio in quanto il *green pass* è scaduto in piena giornata di lavoro.

Si tratta di una situazione paradossale che con l'entrata in vigore il prossimo 15 ottobre del decreto n. 127/2021, potrebbe creare non pochi disagi, con il rischio sia di bloccare le attività economiche, sia di rallentare o addirittura stabilire, in alcuni casi, la sospensione di servizi essenziali anche per la collettività.

La normativa prevede l'obbligo del *green pass* «ai fini dell'accesso» ai luoghi di lavoro; pertanto sembrerebbe che il momento dell'accesso al luogo di lavoro è proprio quello in cui la verifica della validità della certificazione debba essere effettuata e questo fa pensare che la successiva scadenza del *green pass* non sia rilevante.

Tuttavia cosa potrebbe succedere nel caso in cui si decida di procedere con il controllo a campione della certificazione verde durante il turno di lavoro e non in fase d'accesso, con la possibilità di registrare un *pass* non più valido? In questo caso il datore di lavoro si troverebbe a dover allontanare dal servizio il lavoratore, con l'ulteriore sanzione disciplinare, senza tuttavia avere contezza del fatto che il *pass* del lavoratore era valido al momento dell'ac-

## GREEN PASS, FREEPASS, PASSPARTOUT O BYPASS?

### L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DEL LEGISLATORE ITALIANO

cesso in azienda; la conseguenza non troppo remota potrebbe essere quella di una vertenza da parte del lavoratore.

Pertanto, nonostante la norma non ne preveda l'obbligo, è altamente consigliabile procedere al controllo (quotidiano) del *pass* in fase di accesso ai locali.

#### • *Chi effettua i controlli sul datore di lavoro?*

La norma si limita a disporre che nel caso di omesso controllo del *green pass* e di omessa predisposizione delle misure a tal fine necessarie è prevista per il datore una sanzione amministrativa da 400 a 1000 euro. Non è chiaro, invece, cosa succeda se è il datore stesso ad essere privo di *green pass*, anche se, in via interpretativa, si potrebbe ritenere che anch'egli sia compreso nella definizione di "chiunque svolge una attività lavorativa nel settore privato". In questo caso, verrebbe applicata la stessa sanzione amministrativa prevista per i dipendenti.

Il datore di lavoro infatti è a tutti gli effetti un lavoratore, così come previsto dal D.l. n. 127/2021, e pertanto passibile di controllo. Tuttavia, per poter procedere al controllo del *pass* del datore di lavoro, sarà utile specificare nel regolamento relativo alle procedure di controllo che gli incaricati alla verifica (designati da atto formale) procederanno alla verifica della certificazione verde di ogni lavoratore che accede ai locali aziendali, compreso il datore di lavoro.

È diritto di ogni lavoratore prestare attività lavorativa in un contesto sicuro, così come previsto dagli articoli 41 Cost. e 2087 c.c. pertanto è da considerarsi sacrosanto il diritto di verificare il possesso di *green pass* anche da parte del datore di lavoro.

Il Ministero del Lavoro è intervenuto il 28 settembre 2021 con un elenco di faq, intervenendo anche sulla questione: "Chi controlla il libero professionista? E il titolare di un'azienda che opera al suo inter-

no? Il libero professionista quando accede nei luoghi di lavoro pubblici o privati per lo svolgimento della propria attività lavorativa viene controllato dai soggetti previsti dal Decreto-legge n. 127 del 2021. Il titolare dell'azienda che opera al suo interno viene controllato dal soggetto individuato per i controlli all'interno dell'azienda."

#### • *Posso registrare la validità del green pass dei lavoratori in luogo del controllo periodico?*

La verifica delle certificazioni verdi COVID-19 è effettuata mediante la lettura del QR-code, utilizzando esclusivamente l'applicazione VerificaC19, che consente unicamente di controllare *l'autenticità, la validità e l'integrità* della certificazione, e di conoscere le generalità dell'intestatario, senza rendere visibili le informazioni che ne hanno determinato l'emissione.

L'art. 13, comma 5 del D.P.C.M. 17 giugno 2021 recita che "l'attività di verifica delle certificazioni non comporta, in alcun caso, la raccolta dei dati dell'intestatario in qualunque forma".

Pertanto, ai fini dell'organizzazione dei controlli, non è possibile acquisire dal lavoratore la certificazione in corso di validità ovvero dichiarazioni in ordine alla tipologia e alla scadenza della stessa.

Sulla questione, si è di recente espresso anche il Garante privacy che, con riferimento all'utilizzo del *green pass* nelle palestre, ha evidenziato come l'acquisizione di copia della certificazione verde e la registrazione della relativa scadenza, sebbene volte ad agevolare lo svolgimento dei controlli, siano contro gli obiettivi di bilanciamento tra privacy, tutela della salute e riapertura del Paese che si sono perseguiti con il *green pass* in quanto metterebbero in circolazione una quantità di dati personali superiori a quelli necessari e, soprattutto, ne determinerebbero la raccolta e la moltiplicazione in una serie di banche dati poco sicure.

## GREEN PASS, FREEPASS, PASSPARTOUT O BYPASS?

### L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DEL LEGISLATORE ITALIANO

#### • *Come dimostrare all'Organo ispettivo le modalità di controllo?*

Sono gli stessi datori di lavoro che dovranno definire entro il 15 ottobre le modalità operative per l'organizzazione delle verifiche.

Sarebbe buona prassi redigere un regolamento aziendale per la gestione dei controlli e annotare le procedure che verranno attuate per la verifica del *green pass*, se all'accesso sul luogo di lavoro o "a campione", oltre che al nominativo dell'incaricato ai controlli, come dimostrazione in caso di accesso ispettivo.

Una soluzione efficace potrebbe essere quella di annotare su apposito registro le attività di controllo svolte, senza tuttavia annotare alcun dato relativo al *pass*, ma solo la sua validità o meno all'atto della verifica.

Il Centro Studi Nazionale Ancl ha messo a disposizione un proforma di registro accessibile a tutti gli iscritti dall'area personale del portale "myancl".

#### • *Le procedure vanno previste in un regolamento? E i protocolli anti-contagio andranno aggiornati di conseguenza?*

L'art. 1, co. 5 del D.l. n. 127/2021 non prevede l'obbligo di redigere un regolamento per la predisposizione e l'attuazione delle misure di verifica della certificazione verde. Tuttavia la predisposizione di un regolamento, da allegare alla nomina formale destinata ai lavoratori incaricati e da pubblicizzare a tutti i lavoratori occupati in azienda, può essere un utile strumento di pubblicità delle azioni poste in essere in applicazione della norma, oltre che un valido strumento da presentare in fase di accesso ispettivo.

Le misure previste per la verifica del *green pass* comportano anche la revisione del protocollo anti contagio: le procedure di controllo infatti dovranno essere predisposte nel rispetto delle misure anti contagio e pertanto registrare nel relativo protocollo aziendale.

Un esempio concreto: il *pass* può essere ve-

rificato esclusivamente tramite app ministeriale VerificaC19 e per poter procedere sarà necessario mettere a disposizione dei verificatori uno smartphone aziendale; il passaggio dello smartphone da un verificatore all'altro dovrà prevedere un procedimento di sanificazione dello stesso, da registrare sul protocollo aziendale.

#### • *Come considerare le assenze in edilizia? Circolare Inps n. 269/1995*

Una problematica non di poco conto riguarda l'assenza ingiustificata prevista dai commi 6 e 7 dell'art. 3 del D.l. n. 127/2021. È noto infatti che le assenze ingiustificate nel settore edilizia comportano comunque il calcolo della contribuzione virtuale ed il relativo versamento.

Tuttavia a questo proposito può esserci di aiuto la circolare Inps n. 269/1995 al punto 3):

*"3) Aspettative ed altre cause di sospensione legale o contrattuale dell'attività lavorativa. Nei casi di sospensione della prestazione lavorativa e della retribuzione per cause legalmente previste non si determina obbligo della contribuzione virtuale.*

*Si citano al riguardo: aspettativa per servizio militare, per ricoprire cariche sindacali o funzioni elettive, permessi sindacali non retribuiti (art. 24 legge n. 300/1970), assenze per malattie del bambino fino a 3 anni d'età, aspettativa in base alle norme per i tossicodipendenti.*

***Inoltre, non si fa luogo al versamento di contribuzione virtuale in caso di sospensione significativa ed oggettivamente rilevabile del rapporto di lavoro derivante da previsione contrattuale o da fatti impeditivi della prestazione lavorativa inequivocabilmente comprovabili. Tali fattispecie sono:***

*- aspettative per motivi privati previste dal contratto collettivo (attualmente consentite nel settore dell'industria edile solo per gli impiegati);*

## GREEN PASS, FREEPASS, PASSPARTOUT O BYPASS?

### L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DEL LEGISLATORE ITALIANO

**- giorni di assenza ingiustificata con perdita della retribuzione sanzionata secondo le procedure di legge e della contrattazione collettiva e quelli di sospensione dal lavoro e dalla retribuzione derivanti da provvedimenti disciplinari comminati in conformità alle predette procedure;**

**- giorni non retribuiti causa la mancata prestazione lavorativa dovuta a provvedimenti restrittivi della libertà personale adottati dall' Autorità giudiziaria;**

**- periodi di malattia eccedenti quelli indennizzati o retribuiti per i quali viene mantenuta la conservazione del posto.**

*In merito alla situazione che si determina in caso di chiusura dell'azienda o del cantiere per ferie collettive nei confronti dei lavoratori che non hanno maturato ferie per un periodo pari alla durata della predetta chiusura, si fa riserva di ulteriori precisazioni.*

*Analoga riserva di ulteriori indicazioni si formula per quanto attiene le fattispecie in cui l'impresa abbia presentato domanda per l'intervento della CIG non ancora definita al momento dell'assolvimento della contribuzione relativa al mese interessato."*

Attualizzando il tenore della circolare citata, potremmo pertanto ipotizzare che le assenze ingiustificate derivanti da mancata esibizione del *green pass* non saranno soggette a contribuzione virtuale.

#### **• Posso richiedere il tampone o il test sierologico ai soggetti esenti?**

Tutti i pazienti che non possono sottoporsi alla somministrazione del vaccino anti Covid per la presenza di determinate condizioni cliniche documentate che ne attestino la controindicazione, sono esentati dalla certificazione verde.

Tali condizioni possono essere temporanee, e quindi far slittare la vaccinazione per un tempo definito, o permanenti.

A queste persone viene rilasciato un certificato di esenzione che viene compilato

direttamente dai medici vaccinatori dei Servizi vaccinali delle asl e degli enti sanitari regionali, oppure dai medici di Medicina generale o dai pediatri di libera scelta che aderiscono alla campagna vaccinale.

L'esenzione pertanto sostituisce il *green pass* e tali soggetti, salvo ulteriori chiarimenti da parte del Ministero della Salute o dagli enti territoriali, non sono tenuti a sottoporsi al tampone per accedere ai luoghi in cui è necessario il certificato verde.

#### **• Chi commina la sanzione? E come viene comunicato l'illecito?**

Le sanzioni sono irrogate dal Prefetto, al quale sono trasmessi gli atti relativi alla violazione dai soggetti incaricati dell'accertamento e della contestazione delle violazioni.

#### **• Come formalizzare l'atto di nomina e l'attività di formazione/informazione?**

In base alle previsioni dell'art. 13, comma 3, del D.P.C.M. 17 giugno 2021 la nomina al lavoratore è obbligatoria e l'incarico dovrà essere preventivo rispetto all'inizio delle attività di controllo sugli utenti. La verifica del dato infatti consiste in un trattamento del dato, così come previsto dall'art.4 GDPR.

Nonostante non vi sia trattamento del dato ai fini privacy in termini di conservazione del dato stesso (così come stabilito dal comma 5 dell'art. 13 del D.P.C.M. 17 giugno 2021), ove il lavoratore delegato non sia istruito in merito alla corretta gestione dei controlli potrebbe incorrere in comportamenti errati, fra cui la richiesta di copia del *pass* cartaceo o della certificazione medica di esenzione dal *pass* stesso. In questo caso il titolare del trattamento si troverebbe di fatto a trattare un dato senza il supporto di idonea base giuridica, come previsto dall'art. 6 del Regolamento Europeo 2016/679.

Pertanto, il lavoratore delegato dovrà avere idonea formazione, al pari di un incaricato ►

## GREEN PASS, FREEPASS, PASSPARTOUT O BYPASS?

### L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DEL LEGISLATORE ITALIANO

al trattamento del dato, così da non incorrere in comportamenti illeciti, ricordando che anche la semplice visualizzazione del dato identificativo e/o particolare è a tutti gli effetti un trattamento del dato ai fini privacy, così come previsto dall'art.4 del Regolamento Europeo 2016/679.

(Fonte: Fondazione Studi Consulenti del Lavoro).

- ***Sono necessari interventi alla policy privacy aziendale?***

Un errore oltremodo diffuso è ritenere che l'attività di verifica del *green pass* non comporti trattamento di dati personali e che di conseguenza non sia richiesto alcun aggiornamento della documentazione.

Molti interventi in merito effettuati dall'Autorità Garante per la protezione dei dati personali smentiscono però in modo palese questo tipo di interpretazione e richiamano invece (tanto le istituzioni quanto i privati) al corretto adempimento dei principi del GDPR.

Per quanto riguarda la documentazione, è di base necessario produrre le informative relative all'attività di verifica, conformemente agli artt 13 e 14 GDPR, aggiornare i registri delle attività di trattamento, conformemente all'art. 30 GDPR, redigere l'atto di designazione dei verificatori con autorizzazioni ed istruzioni, conformemente all'art. 29 GDPR.

# Lavoro a termine e le causali previste dai contratti collettivi.

## UNA NORMA POCO CHIARA

**A** quasi due mesi dalla conversione in legge del D.l. n. 73/2021, il c.d. Decreto Sostegni-bis, si registrano i primi commenti della dottrina sulla novellata disciplina dell'art. 19 del D.lgs. n. 81/2015 che tratta dei contratti a tempo determinato.

Ma soprattutto è stato pubblicato il primo intervento di prassi, la nota n. 1363 del 14 settembre 2021 a firma dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, scritta d'intesa con l'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro che a sua volta si era espresso con la nota prot. n. 7959 del 13 settembre 2021.

Prima di commentare queste indicazioni è bene ricordare il contenuto del nuovo art. 19 del D.lgs. n. 81/2015 che oggi, a seguito delle modifiche introdotte, risulta essere così riformulato:

*1. Al contratto di lavoro subordinato può essere apposto un termine di durata non superiore a dodici mesi. Il contratto può avere una durata superiore, ma comunque non eccedente i ventiquattro mesi, solo in presenza di almeno una delle seguenti condizioni:*

*a) esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori;*

*b) esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria.*

***b-bis) specifiche esigenze previste dai contratti collettivi di cui all'articolo 51.***

***1.1. Il termine di durata superiore a dodici mesi, ma comunque non eccedente ventiquattro mesi, di cui al comma 1 del presente articolo, può essere apposto ai contratti di lavoro subordinato qualora si verificano specifiche esigenze previste dai contratti collettivi di lavoro di cui all'articolo 51, ai***

*sensi della lettera b-bis) del medesimo comma 1, fino al 30 settembre 2022.*

### LA DOTTRINA: UNA PRIMA LETTURA

Tra i vari interventi della stampa specializzata in cui mi sono imbattuto, in un articolo<sup>1</sup> si sollevano interessanti questioni interpretative circa il novellato articolo 19 del D.lgs. n. 81/2015. Secondo gli autori - e ne riportiamo fedelmente l'opinione - "il dato letterale della novella in commento solleva notevoli dubbi interpretativi.

*Ad una prim(issim)a lettura, infatti, le due nuove previsioni parrebbero dover essere apprezzate in modo unitario, con la conseguenza che si potrebbero stipulare contratti a tempo determinato per le «specifiche esigenze» previste dalla contrattazione collettiva soltanto fino al 30 settembre 2022.*

*In altri termini, la disposizione di cui alla lettera b-bis consisterebbe in una norma (per così dire) provvisoria, dall'efficacia temporale limitata in virtù del termine contenuto nel successivo comma 1.1.*

*Tuttavia, esaminando più attentamente il testo del novellato art. 19, appare più convincente una lettura disgiunta delle due previsioni, per la quale la prima (i.e. la lettera b-bis, inserita nel comma 1 dell'articolo in commento) consisterebbe in una norma di carattere generale, non sottoposta ad alcun termine di efficacia ed introdotta quindi stabilmente nella struttura del contratto a termine quale ulteriore causale, mentre la seconda (i.e. il neoinserito comma 1.1) parrebbe riferito e limitato alla specifica ipotesi di un contratto a tempo determinato che ab origine abbia una durata eccedente i dodici mesi.*

*Solo la validità di quest'ultima disposizione cesserebbe alla scadenza del 30 settembre 2022, data che andrebbe quindi intesa come data ultima per la stipula degli accordi collettivi in discorso e non invece come ultimo giorno di vigenza della disposizione (posto che, qualora il Legislatore avesse in-*

1. M. Scofferi, F. D'Alessandro, *Lavoro a termine e causali dei contratti collettivi: novità dalla conversione del Sostegni bis*, Guida al lavoro, 33-34, 27 agosto 2021.

## LAVORO A TERMINE E LE CAUSALI PREVISTE DAI CONTRATTI COLLETTIVI. UNA NORMA POCO CHIARA

*teso porre un limite temporale all'applicabilità della lettera b-bis, ben avrebbe potuto introdurre tale termine nella stessa disposizione)".*

### LA PRASSI: LA LETTURA DELL'ISPettorato NAZIONALE DEL LAVORO

A questi legittimi dubbi è stata data di recente una prima risposta dall'Inl con la nota n. 1363/2021 che possiamo così sintetizzare:

**1.** Si conferma preliminarmente il carattere strutturale della prima novella introdotta dalla lettera b-bis. In verità si dice che “*sembra avere*” tale caratteristica, il che è tutto dire.

**2.** Si ritiene che il nuovo e successivo comma 1.1 evidenzia una parziale provvisorietà, in quanto prevede la possibilità di stipulare contratti a termine di durata *iniziale* superiore ai 12 mesi secondo le esigenze individuate dalla contrattazione collettiva solo fino al 30 settembre 2022. In sostanza il comma 1.1 avrebbe introdotto una limitazione temporale (fino al 30 settembre 2022) al ricorso alla lettera b-bis) del comma 1 e nello specifico in relazione al primo contratto a termine stipulato tra le parti.

**3.** Viene precisato infine che il termine del 30 settembre 2022 - confermando la posizione che lo stesso Inl aveva in passato preso in relazione ad analoghe disposizioni in materia di contratti a termine (viene citata la *nota prot. n. 713 del 16 settembre 2020*) - vada riferito alla formalizzazione del contratto, il quale quindi ben potrà stabilire un termine finale del rapporto che superi tale data, fermo restando il già noto limite complessivo dei 24 mesi.

### UNA POSSIBILE DIVERSA LETTURA

Va preliminarmente riconosciuto, a conferma delle opinioni citate che propendono per una lettura disgiunta delle due previsioni di cui alla lettera b-bis e del neo comma 1.1, che se il Legislatore avesse voluto proporre una disciplina non strutturale ma emergenziale (come chiaramente è l'intervento in oggetto) non avrebbe dovuto proporre una modifica all'art. 19 ma più correttamente operare con un articolo ad *hoc*, senza intaccare la norma originaria.

La nuova lettera b-bis) invece - letta estrapolandola dal contesto generale - induce a credere che l'intento fosse di ampliare il campo delle possibili esigenze che permettano la stipula di contratti di durata superiore ai dodici mesi,

pur sempre nel rispetto della durata massima complessiva di ventiquattro.

Ma ciò nonostante questa lettura non convince.

Innanzitutto, da un punto di vista teleologico e finalistico della norma. Se ci trovassimo veramente di fronte a due distinte disposizioni che senso avrebbe concedere, da un lato, ai contratti collettivi la possibilità di introdurre nuove causali e dall'altro dire che sino al 30 settembre 2022 è possibile intervenire solamente sui contratti a termine che *ab origine* abbiano una durata eccedente i dodici mesi?

Siamo in piena emergenza occupazionale, serve un rilancio dell'occupazione e di fatto si prevede una (pseudo) liberalizzazione del mercato del lavoro solo fra un anno quando, si spera, l'emergenza sarà bella che finita?

Una seconda osservazione riguarda l'enunciato del comma 1.1 che stabilisce che il termine di durata superiore a dodici mesi “*di cui al comma 1 del presente articolo*” possa essere apposto ai contratti di lavoro subordinato qualora si verifichino specifiche esigenze previste dai contratti collettivi di lavoro.

Tale inciso sembra una precisazione, in senso limitativo, della facoltà generale poco prima conferita con la lettera b-bis del comma 1. In sostanza parrebbe un'unica disciplina che concede ai vari contratti collettivi questo potere ma con uno specifico limite temporale. Un poco macchinosa come scrittura ma il Legislatore ci ha abituato alle tortuosità.

Certo sarebbe stato opportuno non prevedere un comma ad *hoc* ma inserire il testo del comma 1.1 all'interno della stessa lettera b-bis. O viceversa. Ma sappiamo come funzionano gli emendamenti: taglia, copia, incolla e nessuno che controlla.

Non convince nemmeno la lettura sopra proposta che riterrebbe il neoinserto comma 1.1 riferirsi e limitarsi alla specifica ipotesi di un contratto a tempo determinato che *ab origine* abbia una durata eccedente i dodici mesi. Qui è più credibile - secondo chi scrive - che vi sia stato un refuso o meglio il solito distratto copia-incolla dell'inciso del comma 1 dove si parla anche lì di un “*termine di durata non superiore a dodici mesi*” ma che sappiamo essere riferito non ►





## LAVORO A TERMINE E LE CAUSALI PREVISTE DAI CONTRATTI COLLETTIVI. UNA NORMA POCO CHIARA

solo ad un unico contratto a termine ma anche al suo superamento ad opera di più proroghe. Del resto, come si diceva, non avrebbe alcun senso limitare la potestà contrattuale collettiva alle sole ipotesi di contratti a termine di durata maggiore di un anno. Quale beneficio sull'occupazione potrebbe mai avere tale disciplina? Chi mai oggi ha interesse a stipulare contratti di oltre dodici mesi?

Un'ultima perplessità riguarda la scadenza del 30 settembre 2022, data che la dottrina citata intenderebbe come l'ultimo giorno utile per la stipula degli *accordi collettivi* in discorso. Secondo chi scrive non è proprio così. La scadenza del 30 settembre viene indicata al comma 1.1 come riferita non alla stipula di contratti collettivi ma alla apposizione di un termine ai *contratti di lavoro subordinato*.

Qui piuttosto il dubbio è se la data del 30 settembre sia la data ultima per la sottoscrizione del contratto di lavoro (che quindi potrebbe avere un termine finale oltre tale data) oppure se questa sia il termine ultimo di operatività della norma, oltre il quale la durata dei contratti individuali, redatti secondo la novellata disciplina, non possono andare.

In questo caso, come già riportato, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro - la cui lettura tanto per essere brutali conta in sede civilistica come il due di bastoni quando la briscola è coppe - propende per il riferimento alla data di formalizzazione del contratto e ciò in funzione, si precisa, di pregresse interpretazioni fornite in relazione ad analoghe disposizioni in materia di contratti a termine citando ad esempio nota prot. n. 713 del 16 settembre 2020).

Riteniamo che la citata interpretazione venga impropriamente richiamata in quanto a suo tempo fornita sulla base su un testo legislativo formulato, secondo chi scrive, in modo differente dall'attuale.

Allora si trattava di una disposizione, il novellato art. 93 del D.l. n. 34/2020 che concedeva, in deroga all'art. 21 del D.lgs. n. 81/2015 e ferma restando la durata massima complessiva di ventiquattro mesi, la possibilità fino al 31 dicembre 2021 di *"rinnovare o prorogare"* per un perio-

do massimo di dodici mesi e per una sola volta i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato, anche in assenza delle condizioni di cui all'art. 19, comma 1, del D.lgs. n. 81/2015. Nel caso del D.l. n. 34/2020 è quindi evidente che ci si intendesse riferire alla *azione* di rinnovare o di prorogare.

Per la lettura proposta dall'Inl circa la valenza del termine fu peraltro determinante - sempre a parere di chi scrive<sup>2</sup> - la modifica dell'art. 93 del D.lgs. n. 34/2020 (operata dall'art. 8 del successivo D.l. n. 104/2020) con la quale, diversamente dal testo originario, si provvedeva a riposizionare la (nuova) data del 31 dicembre all'inizio del periodo, il che chiariva la corretta portata della norma. Ed oggi, purtroppo, al comma 1.1 si commette lo stesso errore: un conto è dire *"il termine ... può essere apposto ... fino al 30 settembre 2022"* e un altro che *"fino al 30 settembre 2022 ... il termine ... può essere apposto"*.

Nella nuova disposizione va inoltre evidenziato l'utilizzo - con una scelta che si ritiene infelice - del verbo *"apporre"* in riferimento al *"termine"* di durata superiore ai dodici mesi. È evidente che una cosa è dire *"è possibile stipulare un contratto fino al ..."* e altra *"è possibile apporre un termine ad un contratto fino al ..."*.

Se il significato di *apporre* è *"mettere qlco. su altro, aggiungere qlco. ad altro"* ciò giustificherebbe la lettura che il termine non oltre il 30 settembre 2022 sia riferito non alla sottoscrizione del contratto a termine ma alla distinta e *"successiva"* (anche se di pochi secondi) *individuazione* della data finale di cessazione del contratto.

Vedremo come la giurisprudenza interpreterà questo ambiguo passaggio.

### CONCLUSIONI

Troppe, abbiamo visto, le perplessità verso una norma ancora una volta scritta in modo palesemente superficiale. Dubbi che vanno risolti al più presto, meglio se in sede legislativa.

Ma soprattutto prima che qualche contratto collettivo intervenga sulla materia, anche se nutro forti perplessità - mi si conceda una seconda autocitazione<sup>3</sup> - che ciò possa avvenire a breve.

2. A. Borella, *Proroghe e rinnovi dei contratti a termine. Cosa cambia con il Decreto Agosto*, in questa Rivista, agosto 2020.

3. A. Borella, *L'inutilità della novellata disciplina del lavoro a termine e delle nuove causali riservate alla contrattazione collettiva*, in questa Rivista, agosto 2021.

# Avvisi di addebito: RIPARTE IL CONFRONTO SUI CONTRIBUTI INPS\*

*Con il 1° settembre 2021, venuto meno il “blocco” per accertamenti di imposte e cartelle esattoriali, l’Inps ha ripreso a formare e notificare avvisi di addebito. Ne saranno destinatari molti che hanno goduto di “sospensioni” tra il 2020 e il 2021. Sebbene si parli di nuovi stop alle cartelle, pare opportuno che i contribuenti anticipino le proprie difese. Con una speciale attenzione al tema della prescrizione dei diritti dell’Inps, come da circolare n. 126/2021. Alcuni suggerimenti possono però rendere meno ardue le tutele e le prossime opposizioni.*

**P**er chi ha ricevuto richieste di regolarizzazione della contribuzione da parte dell’Inps nel corso dell’ultimo anno e mezzo (come pure nel periodo precedente, ma senza che fosse ancora disposta ingiunzione dei relativi pagamenti. Ciò a prescindere che dipenda da accertamenti ispettivi o d’ufficio), parrebbe essere **arrivato il tempo del confronto finale con l’Istituto**. Il condizionale è d’obbligo (visto l’agitarsi di molte opzioni e in attesa di possibili nuovi “blocchi” e auspicate procedure di “rottamazione”), ma non esclude, prima o dopo, la necessità di affrontare il “problema”. Se a partire dall’inizio della pandemia, infatti, molti si sono “distratti” (allontanando fatalisticamente l’idea di dovere provvedere ai versamenti pretesi, come a un’ipotesi remota; oppure hanno fatto scientemente conto sulla circostanza che l’Inps non avrebbe portato in esecuzione i propri crediti), da settembre 2021 sono iniziati i recapiti delle prime speciali cartelle esattoriali dell’Inps, gli avvisi di addebito previsti dall’art. 30, D.l. n. 78/2010. Si tratta di un’avanguardia -che potrebbe essere l’ultima, per il 2021-, frutto degli infasamenti di crediti da parte degli uffici, con formazione di ruoli e notifiche delle ingiunzioni, soprattutto per i debiti prossimi alla prescrizione. Come noto, con il D.l. n. 99/2021, a modifica del D.l. n. 34/2020, le riscossioni, già sospese nel 2020 e nel primo periodo del 2021, lo erano state ulteriormente fino al 31 agosto 2021. Scaduta la moratoria per le

note vicende Covid-19, sono **ripartite tutte le attività di formazione di cartelle esattoriali**, comprese quelle relativi ai titoli Inps, destinate ai contribuenti morosi.

Attualmente o in seguito, quindi -e al netto di potenziali “rottamazioni” (non a costo zero, s’intende)-, il confronto sulla contribuzione che l’Istituto presume evasa, appare ineludibile.

Certi che prevenire è meglio che curare, alcuni suggerimenti e informazioni possono essere fin d’ora utili per prepararsi ad affrontare con cognizione di causa le prossime inevitabili sfide.

La prima indicazione può dirsi senz’altro molto banale, ma spesso si rivela di basilare rilevanza nei contenziosi previdenziali. Ed è quella di **leggere con attenzione ogni genere di atto che ci viene recapitato dall’Istituto**.

A un occhio poco esperto, infatti, sovente sfugge la gravità della circostanza di avere ricevuto un documento di alcune pagine (12-15, di solito) in cui, con nessun particolare clamore, “la Sede di ...” dell’Inps “avvisa” il contribuente di “aver proceduto al controllo della posizione contributiva sopra riportata relativamente” a un dato periodo. Poco sotto, sul medesimo frontespizio, viene fatto riferimento anche all’“importo totale” richiesto, “comprensivo delle spese di notifica e degli oneri di riscossione”.

La parola “riscossione” dovrebbe calamitare l’attenzione di chi riceve l’atto, quantomeno al fine di favorire un sempre utile approfondimento da parte del professionista che ➤

\* L’articolo è anche sul sito [www.verifichelavoro.it](http://www.verifichelavoro.it) della rivista Verifiche e Lavoro.



## AVVISI DI ADDEBITO: RIPARTE IL CONFRONTO SUI CONTRIBUTI INPS

lo assiste. Ma in difetto dell'immediata lettura degli attesi termini sacramentali, quali "Cartella esattoriale" o "Avviso di addebito" (quest'ultima locuzione la si ritrova, confusa tra altre, dalla seconda pagina dei modelli dell'Istituto), spesso il contribuente sottovaluta ciò che gli è stato trasmesso.

Proprio in riferimento alla notifica potenziale di atti dell'Inps, soprattutto in questo periodo appare quanto più conveniente tenere sempre sotto controllo l'indirizzo aziendale di posta elettronica certificata. Infatti, è **con Pec che ordinariamente l'Inps comunica i propri avvisi di addebito** alle imprese. Una trasmissione di notifica, con effetti istantanei, da cui decorrono i termini per proporre le eventuali opposizioni davanti ai Giudici del lavoro.

Scorrendo l'ingiunzione, va fatta attenzione alla circostanza che negli avvertimenti (*"quando e come presentare ricorso"*), viene offerta la sola indicazione della forma di Opposizione relativa al merito della pretesa, quella da proporre nel tempestivo termine di 40 giorni, non suscettibili di sospensioni di sorta (*"il contribuente può proporre opposizione ... entro il termine di 40 giorni dalla notifica dell'avviso di addebito... Il ricorso va presentato al ... Giudice del lavoro, nella cui circoscrizione ha sede l'Inps che ha emesso l'avviso"*). Nulla si dice, invece (un piccolo segreto nei riguardi del contribuente) della circostanza per cui, se **l'opposizione giudiziale attiene a vizi formali del titolo**, essa va proposta addirittura **entro 20 giorni dalla notifica**, configurando opposizione agli atti esecutivi. Ciò, di fatto, ridurrà ai primi 20 giorni (un termine materialmente poco consoni a buone difese), anche la possibilità di sollevare gli ulteriori vizi di merito.

Va però osservato come sia molto avveduto e opportuno -almeno per chi sa per certo di avere debiti e di doversi attendere la notifica di un avviso di addebito-, muoversi in anticipo, portando in giudizio l'Inps. Vale a dire, instaurando un contenzioso giudiziale, con **azioni di accertamento negativo, ex art. 442, c.p.c.**, contro l'Istituto, prima che quest'ultimo invii il proprio titolo esecutivo. I motivi di favore della scelta non mancano.

Il primo dei quali è che la pendenza di un previo giudizio -anche negli eventuali e successivi gradi di giudizio e fino al giudicato-, impedisce, nelle more, che inizi l'escussione del debitore per la contribuzione che si pretende omessa. Una conseguenza non scongiurata, invece, dalla sola opposizione all'Avviso di addebito, per cui sarà necessario un provvedimento del Giudice del lavoro di sospensione dell'efficacia del titolo (non sempre concesso e comunque, di massima, ottenibile solo per il primo grado di giudizio). In tale senso, una volta **avviata l'azione giudiziale di accertamento, non può legittimamente essere formato Avviso di addebito**, ai sensi del decreto legislativo n. 46/1999: diversamente, il medesimo dovrà ritenersi invalido.

Depone per l'utilità dell'anticipazione del contenzioso anche la considerazione che l'azione giudiziale avviata prima dell'Avviso di addebito mantiene "regolare", nel frattempo, l'azienda ai fini del Durc. Circonstanza non garantita di per sé dall'opposizione all'Avviso notificato (salvo la detta sospensione da parte del Giudice), soprattutto per i successivi gradi di giudizio.

Un utile suggerimento, inoltre, è quello di non fare affidamento, anche in casi molto evidenti di illegittimità del debito contributivo e dell'avviso di addebito, su mere rassicurazioni informali da parte delle sedi Inps, circa l'archiviazione in autotutela della posizione. Solo un formale sgravio del titolo, chiaramente precedente rispetto al termine per proporre opposizione, potrà, infatti, garantire il contribuente, diversamente costretto comunque a presentare il ricorso. Del resto, come noto, **il difetto di opposizione tempestiva consolida l'avviso di addebito**, che diventa incontestabile a prescindere dalla sua correttezza sostanziale.

Oltre alle questioni di merito sollevabili nei casi specifici, un sicuro *leit motiv* dei prossimi anni sarà quello relativo al perfezionarsi o meno della prescrizione del diritto alla contribuzione pretesa nelle singole situazioni. Questioni che sorgeranno, come risaputo, in forza delle diverse misure di "sospensione" ►



## AVVISI DI ADDEBITO: RIPARTE IL CONFRONTO SUI CONTRIBUTI INPS

introdotte a causa della pandemia, tra cui quelle della prescrizione quinquennale, prevista dall'art. 3, comma 9, Legge n. 335/1995. La prima sospensione venne disposta dall'art. 37, D.l. n. 18/2020, **dal 23.2.2020 al 30.6.2020**, per un periodo pari a 129 giorni. Il secondo periodo di sospensione, **dal 31.12.2020 al 30.6.2021**, venne stabilito in forza dell'art. 11, c. 9, D.l. n. 183/2020 per complessivi 182 giorni. Ove poi il decorso del debito abbia avuto inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio sarà da ritenersi differito alla fine del periodo stesso. Data l'importanza del tema e il prevedibile contenzioso che insorgerà al riguardo, l'Inps ha già emanato la **Circolare n. 126 del 10.8.2021**, concernente, appunto, la *"Sospensione dei termini di prescrizione delle contribuzioni di previdenza e di assistenza sociale obbligatoria"*.

Così la Circolare Inps n. 126/2021 sulla prescrizione dei contributi

### **Prescrizione che doveva maturare tra il 23.2.2020 e il 30.6.2020**

Nel caso in cui il termine quinquennale di prescrizione doveva maturare durante il periodo di sospensione compreso tra il 23.2.2020 e il 30.6.2020, il computo del residuo termine quinquennale della prescrizione deve avvenire a partire dal 1.7.2020, sommando 129 giorni all'originario termine di maturazione della prescrizione.

### **Prescrizione che matura dal 31.12.2020**

Nel caso in cui il termine quinquen-

nale di prescrizione maturi a partire dal 31 dicembre 2020, il nuovo termine si determina sommando per intero la sospensione di cui all'articolo 37, comma 2, del decreto-legge n. 18/2020 e la sospensione di cui all'articolo 11, comma 9, del decreto-legge n. 183/2020 (129 giorni + 182 giorni).

Tra i suggerimenti di merito che potranno tornare utili nell'opporsi alle ingiunzioni previdenziali, andrà senza dubbio ricordato come costituiscano **validi atti di interruttivi della prescrizione solo quelli provenienti direttamente dall'Inps**, quale creditore (cfr. Cassazione, sentenza n. 15292/2020: *"la prescrizione è rivolta a sanzionare l'inerzia del titolare nell'esercizio del diritto e non viene interrotta dall'azione del soggetto passivo del rapporto rivolta a contestare l'esistenza stessa del diritto"*). Una ragione in più per proporre un'azione giudiziale di accertamento, senza attendere la "richiesta" dell'Istituto.

Del resto, è consigliabile rammentare, come spesso l'Inps si scordi di tenere in dovuta considerazione che **l'eccezione di prescrizione in materia di contributi, una volta esaurito il termine, opera autonomamente**, avendo efficacia preclusiva e non solo estintiva, ed essendo irrinunciabile da parte dell'Istituto creditore. Per cui essa potrà essere anche solo genericamente rilevata dal contribuente debitore (cfr. Cassazione, sentenza n. 31345/2018, alla luce del chiarimento della decisione delle SS.UU., n. 23397/2016), non ricadendo nel regime di disponibilità delle parti e potendo essere comunque riconosciuta anche d'ufficio dal Giudice.

# Corte Europea: legge applicabile al rapporto di lavoro? LA SCELTA È RIMESSA ALLE PARTI O QUASI

**I**l datore di lavoro e il lavoratore possono scegliere liberamente la legge che disciplinerà il loro rapporto di lavoro, sempre che la normativa applicabile in base ai criteri di collegamento contenuti nell'art. 8, commi 2, 3 e 4 del Regolamento Roma I, non sia inderogabile e non assicuri al lavoratore una protezione superiore a quella garantita dalla legge prescelta. In quest'ultimo caso, infatti, la legge voluta dalle parti verrà automaticamente sostituita da quella individuata ai sensi del citato Regolamento, almeno per quanto attiene le norme inderogabili. Questo è il primo principio enunciato dalla Corte di Giustizia Europea (Prima Sezione) con la pronuncia del 15 luglio scorso<sup>1</sup>, resa in risposta alla richiesta di interpretazione dell'art. 8 del Regolamento Roma I che stabilisce quale legge applicare alle obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro.

I casi sottoposti all'attenzione della Corte riguardano due controversie tra loro assimilabili per fattispecie e per le domande formulate nei confronti delle rispettive parti datoriali. In entrambi i casi, infatti, lavoratori di nazionalità rumena, conducenti di autocarri alle dipendenze di società rumene, hanno adito il giudice nazionale per vedersi riconoscere il diritto a differenze retributive a loro dire spettanti in applicazione della normativa sulla retribuzione minima in vigore in Italia e in Germania. In un caso, infatti, nonostante i contratti di lavoro fossero stati conclusi in Romania tra sog-

getti di nazionalità rumena, i conducenti avevano abitualmente svolto la loro attività lavorativa in Italia e affermavano che i loro viaggi iniziavano e terminavano in Italia, luogo ove avevano pure ricevuto le direttive. Nel secondo caso, i lavoratori eccepivano di avere sempre lavorato entro i confini tedeschi, ove pure erano parcheggiati gli autocarri. A loro difesa le società confutavano le doglianze dei ricorrenti sostenendo che i contratti di lavoro contenevano uno specifico rinvio alla legge rumena sul contratto di lavoro, che le assunzioni erano state concluse in Romania, che gli autocarri erano ivi immatricolati e le licenze rilasciate sulla base della legge rumena. Inoltre, le direttive datoriali sarebbero provenute da tale Paese, ove pure avevano sede le due società. Il giudice nazionale ha ritenuto di dover sospendere i giudizi per sottoporre alla Corte di Giustizia Europea alcune questioni pregiudiziali attinenti alla corretta interpretazione dell'art. 8 del Regolamento di Roma I<sup>2</sup>, le cui disposizioni sono così sintetizzabili:

- le parti sono libere di scegliere la legge applicabile al contratto individuale di lavoro. Tuttavia, tale scelta non vale a privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente in virtù della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile a norma dei paragrafi 2, 3 e 4 dell'art. 8;
- qualora le parti non abbiano effettuato alcuna scelta, il contratto è disciplinato dal- ➤

1. Corte europea, (Prima) Sezione del 15 luglio 2021, nelle cause riunite C-152/20 e C-218/20.  
2. Art. 8 - *Contratti individuali di lavoro* - del Regolamento (CE) n. 593/2008.

## CORTE EUROPEA: LEGGE APPLICABILE AL RAPPORTO DI LAVORO?

### LA SCELTA È RIMESSA ALLE PARTI O QUASI

la legge del paese nel quale o a partire dal quale il lavoratore, in esecuzione del contratto, svolge abitualmente il suo lavoro. Il paese in cui il lavoro è abitualmente svolto non muta se il lavoratore svolge temporaneamente in un altro paese l'attività lavorativa (Paragrafo 2, art. 8);

- qualora la legge applicabile non possa essere determinata a norma del paragrafo 2 che precede, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore (Paragrafo 3, art. 8);
- se dall'insieme delle circostanze risulta che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un paese diverso da quello indicato ai paragrafi 2 o 3, si applica la legge di tale diverso paese (Paragrafo 4, art. 8).

Le questioni pregiudiziali poste alla Corte sono state innanzitutto se la scelta della legge applicabile al contratto di lavoro effettuata dalle parti prevalga su quella del paese nel quale il lavoratore svolge abitualmente la sua attività lavorativa. In secondo luogo, se il salario minimo applicabile nel paese ove l'attività lavorativa viene abitualmente svolta costituisca o meno una "disposizione inderogabile". Infine, se è valida la norma di diritto nazionale che imponga di inserire nel contratto di lavoro, quale legge che disciplina il contratto, quella nazionale.

Le risposte fornite dai giudici europei sono coerenti con la normativa vigente in materia di distacco transnazionale, disciplina volta ad evitare il fenomeno del c.d. *dumping* sociale e la discriminazione dei lavoratori in base a elementi meramente formali, come il luogo di sottoscrizione del contratto. Come precisato dalla Corte, la norma in esame lascia libere le parti di scegliere la legge applicabile al rapporto di lavoro, ma con delle ineliminabili limitazioni poste a specifica tutela del lavoratore. Se infatti la legge del luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente la sua attività lavorativa (ov-

vero quella applicabile al rapporto sulla base dei residuali criteri di collegamento indicati dall'art. 8) prevede materie disciplinate da norme inderogabili, occorrerà verificare se tali norme siano o meno di miglior favore per il lavoratore, perché, ove lo fossero, sarebbero da applicare queste ultime in luogo delle disposizioni della legge prescelta. La Corte indica il percorso logico che i giudici nazionali devono seguire per accertare quale sia la legge applicabile allo specifico rapporto di lavoro, ossia:

- in primo luogo, occorre individuare la legge che, in mancanza di scelta delle parti, sarebbe stata applicabile ai sensi dell'art. 8 e, nell'ambito di tale normativa, individuare quali norme sono inderogabili;
- in secondo luogo, confrontare il livello di protezione offerto dalla normativa che sarebbe stata applicabile ai sensi dell'art. 8 e quello previsto dalla legge scelta dalle parti.

Se la legge prescelta dalle parti offre una tutela minore rispetto alle norme inderogabili della legge applicabile in osservanza dell'art. 8 del Regolamento Roma I dovranno applicarsi queste ultime, a prescindere dalla volontà delle parti. E tra le norme inderogabili la Corte ha certamente ricompreso anche la disciplina nazionale sul salario minimo, che quindi non può in alcun modo essere scelta pattiziamente. Dunque, qualora la narrazione offerta dai ricorrenti fosse provata, le doglianze sarebbero più che fondate, avendo loro diritto ai trattamenti retributivi minimi vigenti nei luoghi di svolgimento della loro attività lavorativa.

Quanto all'ultima questione, la Corte ha affermato l'illegittimità della normativa nazionale che imponga alle parti la legge nazionale quale legge applicabile al contratto, in quanto, in tal modo, negherebbe l'autonomia contrattuale riconosciuta espressamente dall'art. 8 in esame. Diverso è invece se la legge nazionale, una volta operata dalle parti la scelta in favore della normativa domestica, indichi quale legge dell'ordina- ➤

## CORTE EUROPEA: LEGGE APPLICABILE AL RAPPORTO DI LAVORO?

### LA SCELTA È RIMESSA ALLE PARTI O QUASI

mento nazionale sia applicabile al contratto di lavoro: in tal caso l'autonomia contrattuale e dunque le disposizioni comunitarie sarebbero pienamente rispettate.

Infine, i giudici europei si soffermano su una questione che esula da quelle poste dai magistrati rimettenti, precisando come la libertà di scelta delle parti non venga meno, almeno in via di principio, nell'ipotesi in cui sia parte datoriale ad aver redatto il contratto e dunque ad avere inserito la clausola relativa alla legge applicabile. L'adesione al testo contrattuale del lavoratore, purché libera e consapevole, rispetta l'autonomia contrattuale.

La pronuncia della Corte europea si pone in linea con la normativa sui distacchi transnazionali nella misura in cui viene rispettato il principio di non discriminazione dei lavora-

tori rispetto a coloro che, sullo stesso territorio, svolgono il medesimo lavoro ed è coerente con la politica europea che da sempre è attenta a scoraggiare fenomeni di *dumping* sociale, i quali alterano illecitamente il mercato del lavoro e il tessuto economico, favorendo il decentramento di attività in paesi con minori tutele per i lavoratori. Sebbene i giudici riconoscano che, anche in materia lavoristica, c'è spazio per l'autonomia contrattuale, gli stessi ricordano che – trattandosi di rapporti in cui un contraente è sicuramente parte debole rispetto all'altro – vi sono tutele minime da rispettare, a salvaguardia non solo della dignità dei lavoratori, ma anche del mercato e della libera e genuina concorrenza tra imprese, che oggi non conosce confini geografici.

# La corretta declinazione della Clausola Sociale NELL’AFFIDAMENTO DEGLI APPALTI PUBBLICI

**S**e volessimo individuare un interesse costituzionalmente riconosciuto che nel tempo è stato particolarmente bistrattato, non potremmo che guardare alla libertà di iniziativa privata di cui all’articolo 41 della Costituzione:

*“L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.”*

e questo a causa di quell’inciso “non può svolgersi in contrasto...” che è un richiamo per il Legislatore ad individuare limiti e condizioni perché la stessa trovi poi attuazione. Ma se alcuni di questi vedono la loro causa nel rispetto di altri precetti di natura costituzionale (si pensi al rispetto di una “retribuzione sufficiente”, di cui all’art. 36, o all’individuazione dei minimali ai fini del versamento della contribuzione, che riposa sull’art. 38, o ancora al divieto di comportamenti antisindacali, che trova fondamento nell’art. 39), altri presentano indubbi elementi di criticità, laddove si possano prestare allo svilimento di ogni autonomia dell’imprenditore nell’organizzazione del lavoro e della produzione.

Un esempio, con riferimento all’ambito degli appalti pubblici, è la cosiddetta “clausola sociale” di cui all’art. 50 del D.lgs. n. 50/2016:

*“Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a*

*quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell’Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l’applicazione da parte dell’aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all’articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell’importo totale del contratto.”*

Questa previsione, infatti, viene non di rado declinata nei bandi e nei capitoli di gara, in modo discutibile, laddove impone il rispetto di criteri organizzativi o di oneri economici non direttamente conseguenti alla resa dell’opera o del servizio oggetto dell’appalto, o il rispetto di determinati livelli occupazionali o il mantenimento di quelli preesistenti (in caso di successione nell’appalto), o ancora l’assorbimento delle maestranze dell’appaltatore precedente.<sup>1</sup>

È evidente a chiunque come queste ultime previsioni si ingeriscano pesantemente nella gestione e nell’organizzazione dell’opera o del servizio che l’appaltatore deve realizzare. Non solo: le stesse potrebbero in alcuni casi anche risolversi in un danno per l’impresa. Si pensi ad una cooperativa che, aggiudicandosi un appalto, si veda obbligata ad assorbire le maestranze dell’appaltatore a cui subentra: si inquadreranno come soci lavoratori o come lavoratori subordinati? Ove si ►

1. Previsioni analoghe, per altro, sono presenti anche in molti contratti collettivi, relativamente al comportamento che il datore di lavoro dovrebbe tenere nel subentrare in un appalto.





## LA CORRETTA DECLINAZIONE DELLA CLAUSOLA SOCIALE NELL’AFFIDAMENTO DEGLI APPALTI PUBBLICI

inquadrassero come lavoratori subordinati non soci, la cooperativa manterrà i requisiti di mutualità prevalente (e le connesse agevolazioni)? Ove si volessero cooptare nella compagine sociale, quale sarà il loro comportamento e l’adattamento alla *governance* ormai consolidata nella società?

Si pensi poi ad una impresa artigiana: ove assorbisse le maestranze del vecchio appaltatore continuerebbe a mantenere i requisiti dimensionali previsti dalla Legge 8 agosto 1985, n. 443?

Ed ancora: una impresa non grande, perché dovrebbe essere obbligata a sostenere oneri che quantitativamente sono tipici delle imprese di grandi dimensioni? O perché non potrebbe avvalersi della possibilità di operare ribassi legati ad una (legittima) maggiore flessibilità?

Si consideri infine il nocumento che verrebbe ad una impresa fortemente specializzata (e magari detentrica in via esclusiva di procedimenti e *know-how* particolari) che in ragione di un obbligo di assorbimento delle maestranze dovesse per di più procedere anche alla loro previa formazione (che è indubbiamente un onere indebito rispetto alle previsioni del capitolato).

Una risposta semplicistica potrebbe essere quella che – fissate le regole per la partecipazione ad una procedura di gara – nessuno è obbligato a rispondervi se non le trova rispondenti alle proprie caratteristiche aziendali.

In molti casi sicuramente è così, ed anzi, la clausola sociale può prestarsi allo scopo di selezionare a priori le imprese “virtuose”.

E sicuramente questa voleva essere l’intenzione del Legislatore.

Non sfugge però all’operatore attento come – dall’altro lato – possa prestarsi anche ad operare discriminazioni e ad imporre obblighi (e quindi oneri economici) non direttamente connessi alla gestione dell’appalto così come discenderebbe dal suo oggetto (e pertanto impropri).

La questione, così come delineata, è passata non di rado sotto la lente della giustizia amministrativa anche perché la sua corretta applicazione discende dal temperamento tra principi di rango costituzionale ed europeo come gli articoli 35 e 41 della costituzione e 15 e 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (cosiddetta Carta di Nizza)<sup>2</sup>.

In questo senso il Consiglio di Stato (sez. V) è intervenuto sulla materia con la Sentenza 2 novembre 2020, n. 6761 che in ordine all’assorbimento delle maestranze ha chiarito come vada “... *rimesso all’operatore economico concorrente la valutazione in merito all’assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario ... [omissis] ... solo in questi termini la clausola sociale è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale l’obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d’impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell’appalto*”.

Non è un orientamento isolato, ma si situa in un alveo già definito da costante giurisprudenza del Consiglio di Stato quali Sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018, n. 272; III, 5 maggio 2017, n. 2078; V, 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255, nonché sez. V, 12 settembre 2019, n. 6148; VI, 21 luglio 2020, n. 4665; VI, 24 luglio 2019, n. 5243; V, 12 febbraio 2020, n. 1066.

In sostanza la clausola sociale di cui all’articolo 50 del Codice degli Appalti va intesa in senso elastico, rimettendo al concorrente la scelta delle modalità con cui lo stesso ►

2. Rif.to C.d.S., Comm. spec., parere 21 novembre 2018, n. 2703.



## LA CORRETTA DECLINAZIONE DELLA CLAUSOLA SOCIALE NELL’AFFIDAMENTO DEGLI APPALTI PUBBLICI

intende dare contenuto alla stessa, non potendo il bando di gara ed il capitolato quali *lex specialis* dell’appalto ingerirsi nelle modalità di gestione del medesimo da parte dell’imprenditore.

In questo senso si è pronunciata anche l’Anac con le Linee Guida n. 13 (approvate con delibera del 13 febbraio 2019 n. 114) in cui espressamente osserva:

*“... l’applicazione della clausola sociale non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall’impresa uscente, dovendo tale obbligo essere armonizzato con l’organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario. Il riassorbimento del personale è imponibile nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall’esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l’organizzazione definita dal nuovo assunto. Tale principio è applicabile a prescindere dalla fonte che regola l’obbligo di inserimento della clausola sociale (contratto collettivo, Codice dei contratti pubblici) ...”*

e ancora:

*“... L’esclusione, ... [omissis] ... non è fondata nell’ipotesi in cui l’operatore economico manifesti il proposito di applicarla nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione d’impresa ...”*

Seguendo questo indirizzo, il TAR di Salerno, con Sentenza del 15 maggio 2021, n.

1249 ha escluso la legittimità di una clausola sociale che imponga *tout court* il divieto di ribasso sui costi di manodopera, rilevandone il contrasto con gli articoli 97, co. 6, del D. lgs. n. 50/2016 e 56 del TFUE, richiamando anche la pronuncia della Corte di Giustizia UE, sez. I, del 14 giugno 2007 n. 6.

Secondo il Collegio, tale divieto “... *si pone in senso antitetico alla libertà di impresa ed opera a danno della piccola e media impresa, favorendo la standardizzazione dei costi verso l’alto ... [omissis] ... a vantaggio delle imprese più strutturate ... [omissis] ... al contrario il sistema delineato dall’articolo 97, co. 6 D. Lgs. n. 50/2016 non comporta alcuna diminuzione di tutela per le maestranze, giacché sussiste ... [omissis] ... l’obbligo (per il concorrente) del rispetto degli oneri inderogabili ...”* Del pari il Consiglio di Stato (sez. V) con la più recente sentenza n. 5483 del 21 luglio 2021 ha confermato come “... *l’onere di assorbimento dei dipendenti, previsto a garanzia del mantenimento della continuità occupazionale, debba armonizzarsi e risultare compatibile con l’organizzazione d’impresa prescelta dall’imprenditore subentrante, nel senso che a questi può essere imposto di garantire le condizioni economiche e contrattuali già applicate a favore del personale impiegato solo compatibilmente con le sue esigenze organizzative ...”*

In conclusione, l’apposizione di una clausola sociale alle condizioni di affidamento di un appalto non può in nessun modo limitare le facoltà gestionali ed organizzative dell’imprenditore, dovendosi interpretare come obbligo di questi di applicarla compatibilmente con la propria organizzazione aziendale.

# Una *faq* (NON) CI SALVERÀ

**L**e F.A.Q. (acronimo di *Frequently Asked Questions*, ossia “domande poste frequentemente”) costituiscono uno strumento immediato di chiarimento su eventuali dubbi interpretativi che sorgono su norme e provvedimenti emanati dagli enti pubblici.

Si sono guadagnate la ribalta in maniera piuttosto incisiva durante la pandemia da Covid-19, anche a causa dell’urgenza e dei tempi ristretti con cui il Governo ha dovuto ricorrere ad una abnorme produzione di provvedimenti normativi e amministrativi.

Celeberrime le *faq* del Ministero dell’interno pubblicate durante i periodi di *lock-down* relative al concetto di “congiunto”, così come quelle che definivano quali soggetti potessero recarsi in visita presso un’abitazione privata durante le feste natalizie, e non solo.

Sempre più spesso quindi, da elemento con mera funzione di supporto a provvedimenti normativi, amministrativi o di prassi, le *faq* hanno raggiunto funzioni esplicative e addirittura, in certi casi, con valore estensivo o restrittivo rispetto all’ambito di applicazione del provvedimento a cui si riferivano. Non si può quindi fare a meno di domandarsi quale valore giuridico abbiano nel nostro ordinamento e, conseguentemente, quale posizione occupino nella gerarchia delle fonti.

In realtà, nonostante l’utilizzo di questo strumento sia in costante crescita, non vi è traccia di esso tra le fonti del nostro diritto, e nemmeno tra i documenti che costituiscono la c.d. prassi.

Nel momento in cui sorgono problematiche legate alla valenza di una *faq*, è indispensabile capire fino a che punto la risposta breve sia vincolante nei confronti sia del soggetto che adegua il proprio comportamento sulla base di essa, sia dell’amministrazione che l’ha fornita.

Un tentativo di chiarezza è contenuto nella sentenza del Consiglio di Stato sezione I, n.1275 del 20 luglio 2021, riguardante una controversia in materia di appalti pubblici, sorta tra la Regione Calabria ed un ente di formazione partecipante alla gara, la cui candidatura era stata esclusa in quanto, a detta della P.A, la proposta risultava non conforme al bando.

Il ricorrente aveva partecipato ad un bando di gara avente come oggetto la gestione di misure di politica attiva per lo sviluppo di competenze digitali, da sviluppare su 10 diversi percorsi formativi.

Nel mese di agosto 2018 il ricorrente chiedeva, mediante *faq* inoltrata alla P.A. competente, conferma della possibilità che tutti e 10 i progetti potessero riferirsi alle medesime figure professionali, punto non specificato nel testo del bando, ricevendo risposta affermativa.

La Regione Calabria emetteva il 13 giugno 2019 il decreto direttoriale contenente la graduatoria provvisoria, in cui il ricorrente risultava non ammesso in quanto, affermava la Regione, i 10 percorsi dovevano essere afferenti a figure professionali differenziate. L’ente escluso proponeva ricorso amministrativo alla Regione, che la stessa respingeva. Successivamente, la Regione Calabria emetteva il decreto direttoriale con la graduatoria definitiva in data 5 agosto 2019, confermando quanto già contenuto nella provvisoria.

Il ricorrente procedeva quindi con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, cui seguiva l’intervento del Consiglio di Stato che, entrando nel merito dell’effettiva portata delle *faq*, afferma che, pur essendo esse sconosciute all’ordinamento giuridico, è innegabile che la loro funzione pratica sortisca un effetto sui destinatari, a partire dall’affidamento nei confronti di chi (l’am- ➤

## UNA FAQ (NON) CI SALVERÀ

ministrazione) fornisce le risposte.

Pertanto, prosegue il Consiglio di Stato, pur non avendo carattere vincolante, le *faq* hanno indirizzato senza dubbio la condotta del ricorrente; di conseguenza, anche qualora il contenuto possa apparire in contrasto con quanto indicato nel testo del bando originario, peraltro definito “*di formulazione non felice e non univoca*”, le doglianze del ricorrente non possono che essere accolte. Secondo il consiglio di Stato le *faq*, seppure nella loro atipicità, si pongono a metà strada tra le disposizioni di carattere normativo, quasi sempre generali e astratte e quindi non idonee a prevedere ogni possibile risvolto concreto, e la funzione amministrativa da parte di una P.A.

Inoltre non recano indicazioni relativamente alla loro elaborazione, alla procedura o ai soggetti che ne sono i curatori o i responsabili, così come non vengono pubblicate a conclusione di un procedimento predefinito dalla legge.

Conclude quindi il Consiglio di Stato che, sebbene è da escludere che le risposte alle *faq* possano essere assimilate a una fonte del diritto sia primaria che secondaria, così come non possano essere ritenute affini alle circolari, dal momento che non costituiscono un obbligo interno per gli organi amministrativi, possono tuttavia, pur non avendo carattere vincolante, contribuire senz'altro a fornire un'utile indicazione di carattere applicativo in ordine alla *ratio* sottesa alle pro-

cedure e agli atti in corso di esame.

L'amministrazione potrà eventualmente discostarsi da quanto affermato attraverso le *faq*, solo nel caso in cui sia in grado di addurre elementi nuovi e decisivi a sostegno della diversa interpretazione, che trovino puntuale corrispondenza nell'avviso pubblico.

In conclusione, chi si uniforma alla *faq* deve essere tutelato, a meno che la *faq* non sia in palese contrasto con il testo del bando oggetto della stessa, deduzione che non pone totalmente al riparo da risvolti negativi i destinatari.

Una precedente pronuncia in merito era stata adottata, sempre dal Consiglio di Stato, nella sentenza n.6812/2020 sezione I, nella quale si riconducevano le *faq* all'esigenza di trasparenza dell'attività della P.A. nonché di economicità della medesima, definendole come una “*una sorta d'interpretazione autentica, con cui l'Amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentale, in un primo momento poco intelligibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della lex specialis*”.

Ma allora, se di interpretazione autentica si tratta, qualora la *faq* fosse in contrasto con il provvedimento cui è riferita, quali scenari si presenterebbero?

Urge una più chiara classificazione e regolamentazione di queste risposte brevi, così come per gli altrettanto famosi “comunicati stampa”, che ben hanno animato in molteplici occasioni le giornate dei contribuenti, soprattutto in epoca Covid.

# Dal premio di fedeltà AL TRATTAMENTO DI FINE RAPPORTO

**L**a sentenza della Corte di Cassazione del 22 febbraio 2021, n. 4670 ha sollevato scalpore in quanto ha riconosciuto legittima la pretesa dell'Inps di assoggettare a contribuzione una anticipazione sul trattamento di fine rapporto erogata da un datore di lavoro al di fuori delle ipotesi contemplate dall'articolo 2120 del Codice Civile che, dai commi dal sesto al nono, testualmente recita: *Il prestatore di lavoro, con almeno otto anni di servizio presso lo stesso datore di lavoro, può chiedere, in costanza di rapporto di lavoro, una anticipazione non superiore al 70 per cento sul trattamento cui avrebbe diritto nel caso di cessazione del rapporto alla data della richiesta. Le richieste sono soddisfatte annualmente entro i limiti del 10 per cento degli aventi titolo, di cui al precedente comma, e comunque del 4 per cento del numero totale dei dipendenti.*

Sino ad oggi si era reputato pacifico il fatto che tali requisiti identificassero i casi nei quali il datore era tenuto a riconoscere al lavoratore dipendente, su sua richiesta, una anticipazione sul trattamento di fine rapporto, nulla vietando di effettuare erogazioni allo stesso titolo in mancanza dei requisiti stessi. Questa interpretazione era stata sancita anche dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 4133 del 22 febbraio 2007 che, testualmente, recitava *“L'ultimo comma dell'art. 2120 c.c. dispone, infatti, espressamente che “condizioni di miglior favore possono essere previste dai contratti collettivi o da patti individuali. I contratti collettivi possono altresì stabilire criteri di priorità per l'accoglimento delle richieste di anticipazione.” Come risulta anche dal riferimento ai criteri di priorità nell'accoglimento delle richieste, questa norma di ampliamento si riferisce proprio alle anticipazioni, né si vede a che cosa altro potrebbe essere applicata.”*

In particolare, si era sempre ritenuto legittimo anticipare il trattamento di fine rapporto anche da parte di quei datori di lavoro con un numero di dipendenti inferiore a 25, senza per questo configurare l'erogazione di una retribuzione da assoggettare a contribuzione.

Si può trarre lo spunto da questa vicenda per ricostruire, per sommi capi, l'evoluzione nel tempo dell'istituto del trattamento di fine rapporto.

Tutto ebbe inizio con il Decreto Legislativo Luogotenenziale n. 112 del 9 febbraio 1919 che, all'art. 112, istituiva per la prima volta una indennità di fine rapporto per gli impiegati, chiamata premio di fedeltà in quanto competeva solo se il lavoratore avesse maturato il periodo massimo di preavviso previsto e se il rapporto di lavoro non si fosse concluso per dimissioni o per licenziamento disciplinare.

Il Regio Decreto Legge n. 1825 del 13 novembre 1924 aveva poi esteso il diritto anche ai casi nei quali non fosse stato maturato il periodo massimo di preavviso previsto, confermando comunque le altre condizioni sopra citate.

Nel 1927, il giorno 21 aprile, ricorrenza della fondazione di Roma celebrata anche come festa dei lavoratori dall'allora vigente regime fascista, venne emanata la “Carta del Lavoro” che, all'articolo 17, recitava *“Nelle imprese a lavoro continuo il lavoratore ha diritto, in caso di cessazione dei rapporti di lavoro per licenziamento senza sua colpa, ad una indennità proporzionata agli anni di servizio. Tale indennità è dovuta anche in caso di morte del lavoratore”*.

Veniva quindi esteso il diritto a tale indennità ai lavoratori con qualifica diversa da quella impiegatizia e veniva previsto il diritto anche in caso di interruzione del rapporto per decesso del prestatore d'opera. ➤



## DAL PREMIO DI FEDELTA' AL TRATTAMENTO DI FINE RAPPORTO

Il Codice Civile, approvato con Regio Decreto Legge del 16 marzo 1942, n. 262, stabilì la modifica della denominazione dell'istituto da "indennità di licenziamento" a "indennità di anzianità".

La Legge n. 604 del 15 luglio 1966 (norme sui licenziamenti individuali) all'art. 9 dispose poi che *"l'indennità di anzianità è dovuta al prestatore di lavoro in ogni caso di risoluzione del rapporto di lavoro."* e all'art. 10 che *"Le norme della presente legge si applicano nei confronti dei prestatori di lavoro che rivestano la qualifica di impiegato e di operaio, ai sensi dell'articolo 2095 del Codice civile e, per quelli assunti in prova, si applicano dal momento in cui l'assunzione diviene definitiva e, in ogni caso, quando sono decorsi sei mesi dall'inizio del rapporto di lavoro."*

Seguirono, da parte della Corte Costituzionale, la sentenza n.14 del 4 febbraio 1970, che riconobbe il diritto all'indennità anche agli apprendisti, e la sentenza n. 189 del 16 dicembre 1980, che riconobbe il diritto all'indennità anche in caso di licenziamento durante il periodo di prova.

Era comunque la contrattazione collettiva che stabiliva l'entità dell'indennità di anzianità maturata dal lavoratore in base alla sua qualifica.

Generalmente il calcolo era previsto sulla base di una mensilità all'anno per i lavoratori con qualifica di impiegato, sulla base di una sola parte di mensilità all'anno, con incrementi periodici in base all'anzianità di servizio, per il personale con qualifica di operaio e sulla base di 1,5 mensilità all'anno per il personale con qualifica di dirigente.

Un problema non indifferente scaturì dall'indennità di contingenza, in origine denominata "scala mobile" che consisteva in una voce di retribuzione che veniva rivalutata periodicamente in proporzione al tasso di inflazione prendendo a base il cosiddetto "paniere della spesa", cioè ai prezzi di alcuni beni di uso comune da parte delle famiglie italiane. Tale tasso di inflazione, infatti, iniziò a salire in progressione verso la fine degli anni 60, fino a raggiungere, a novembre 1974, il

26,2% su base annua.

Questo fenomeno veniva visto favorevolmente dai lavoratori dipendenti, soprattutto per quelli con un consistente periodo di lavoro presso la stessa azienda, perché per costoro risultava notevole l'incremento annuale dell'indennità di anzianità da accantonare. Non era quindi raro il caso di datori di lavoro che, ricevuta la domanda di una anticipazione sull'indennità di anzianità, non avendo alcun obbligo al riguardo, respingevano la richiesta proponendo al lavoratore, in alternativa, le sue dimissioni seguite da una nuova assunzione alle stesse condizioni retributive e normative.

In tal modo avrebbero liquidato al lavoratore l'intera indennità di anzianità, evitando però il costo di una cospicua rivalutazione della stessa negli anni successivi.

Nel gennaio 1977 si tentò di porre rimedio a tale situazione con l'Accordo Interconfederale, ripreso poi dal D.l. n. 12/1977 e poi convertito con modificazioni nella Legge n. 91/1977.

Tale norma prevedeva la "sterilizzazione" dell'indennità di contingenza da considerare ai fini del calcolo della indennità di anzianità. In data 14 e 15 maggio 1981, con le firme di Castiglione Morelli Pasquale, De Angelis Spada Marco e Catelani Carlo, venne presentata la richiesta di un referendum popolare per l'abolizione della norma stessa, dichiarato ammissibile dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 25 dell'11 febbraio 1982.

In data 29 maggio 1982, per scongiurare un referendum abrogativo della norma, che avrebbe avuto buone probabilità di successo con effetti dirompenti sui bilanci delle aziende, venne emanata la legge n. 297/1982 che istituì, in sostituzione dell'indennità di anzianità, il trattamento di fine rapporto.

Il successivo 3 giugno 1982 l'Ufficio Centrale per il Referendum della Corte Suprema di Cassazione decise infatti la decadenza del referendum, tenuto conto dell'emanazione della suddetta legge.

In sintesi, la maturazione del trattamento di fine rapporto si basa su 3 elementi, ovvero: ➤

## DAL PREMIO DI FEDELITÀ AL TRATTAMENTO DI FINE RAPPORTO

1. un accantonamento mensile, a condizione che nel mese il rapporto di lavoro si sia protratto per almeno 15 giorni, ottenuto dividendo per 13,5 (compromesso tra 13 e 14 mensilità annue) *“tutte le somme, compreso l'equivalente delle prestazioni in natura corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro, a titolo non occasionale e con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese”*.

2. una rivalutazione annuale di quanto accantonato nei periodi precedenti, applicando *“un tasso costituito dall'1,5 per cento in misura fissa e dal 75 per cento dell'aumento dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati accertato dall'ISTAT.”*

3. una trattenuta pari allo 0,30% (elevata allo 0,50% dal 01/01/1983) della retribuzione imponibile ai fini contributivi, destinata all'INPS a copertura del costo della perequazione automatica delle pensioni prevista dall'art. 3 della stessa Legge n. 297/1982.

Considerato inoltre che, nel periodo di vigenza dell'indennità di anzianità, il fallimento dell'azienda comportava spesso il rischio, per il lavoratore, di perdere, sulla base di quanto riusciva a reperire il curatore fallimentare, tutta o parte dell'indennità di anzianità maturata, l'art. 2 della Legge decretò l'istituzione di un Fondo di Garanzia, gestito dall'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale e alimentato dai datori di lavoro tramite un contributo pari allo 0,03% della retribuzione imponibile.

Al riguardo possono essere fatte queste considerazioni:

- il calcolo per la rivalutazione annuale del trattamento di fine rapporto accantonato risulta conveniente per il lavoratore in

proporzione inversa al tasso di aumento dell'indice dei prezzi al consumo, diventando sfavorevole quando tale tasso supera la soglia del 6%;

- la quota minima di 15 giorni prevista per il calcolo mensile del trattamento di fine rapporto può portare, per uno stesso mese con esclusione del mese di febbraio, ad una doppia maturazione qualora il lavoratore facesse seguire, ad un rapporto di lavoro terminato il giorno 15, un nuovo rapporto di lavoro decorrente dal giorno 16, così come può portare, nel caso di un rapporto di lavoro terminato il 14 febbraio di un anno non bisestile seguito da una immediata assunzione, alla mancanza di maturazione mensile del trattamento di fine rapporto per tale mese presso ambedue le aziende;
- un rapporto di lavoro di durata inferiore a 15 giorni, senza quindi la maturazione del trattamento di fine rapporto ma comunque con la trattenuta dello 0,50% sulla retribuzione erogata, comporterebbe debito da parte del lavoratore nei confronti del datore di lavoro.

Dubbi erano sorti in merito all'assenza facoltativa per maternità, poi diventata congedo parentale, tenuto conto che la norma prevedeva, nei periodi di assenza dal lavoro, la maturazione del trattamento di fine rapporto per le cause indicate nell'art. 2110 del Codice Civile, ovvero infortunio, malattia, gravidanza e puerperio, ma la sentenza della Corte di Cassazione n. 2114 del 22 febbraio 1993 sancì la maturazione del trattamento di fine rapporto anche durante tale periodo.

**GIADA DELLA ROCCA ANALIZZA LE ORGANIZZAZIONI  
DATORIALI E DEI LAVORATORI DAL PUNTO DI VISTA STORICO**

# Organizzazioni datoriali e dei lavoratori: UN SALTO NELLA STORIA\*

L'articolo propone una breve ricostruzione sull'origine dell'organizzazione datoriale e sindacale nell'ambito del contesto lavorativo.

Il diritto del lavoro ha origini piuttosto recenti: difficilmente si riescono a trovare testimonianze più antiche di un paio di secoli; anche sotto un profilo che si rivolge alla sua dimensione collettiva al momento non vi sono testimonianze diverse e la ricerca storica è difficoltosa. Vi sono tuttavia alcuni casi eclatanti (ma sporadici) come reperti archeologici rinvenuti in Egitto che testimonierebbero l'impiego dell'arma dello sciopero da parte dei lavoratori addetti alla costruzione delle piramidi, ai quali però non segue una vera e propria testimonianza di organizzazione.

L'analisi dell'Autore non si prefigge una ricostruzione della contemporanea organizzazione sindacale, ma cerca nel corso dei secoli le tracce di un percorso che ha portato al diritto del lavoro come oggi è conosciuto.

## IL LAVORO NELL'ETÀ ANTICA

Fino al diciannovesimo secolo, non si vi sono notizie di interventi legislativi; è noto a tutti come sia stata l'industrializzazione a modificare radicalmente gli assetti sociali e ad imporre la necessità di forme di intervento regolativo nei rapporti tra capitale e lavoro.

La storia ci mostra che nelle società più antiche il fulcro delle relazioni sociali ed economiche è costituito in principio dalla famiglia ed in seguito dalla città-stato in cui si realizza la potenza militare e politica del popolo.

Si tratta di microcelle sociali di dimensioni ridotte in cui le esigenze di vita trovavano soddisfazione principalmente attraverso la

coltivazione della terra e, solo con lo sviluppo dei primi aggregati urbani, nell'attività artigianale e nel commercio.

Il lavoro manuale era riservato a uomini ridotti in condizione di schiavitù o poco più, molto spesso sottoposti al diritto di vita e di morte del *pater familias*.

La conoscenza del mondo greco e romano testimonia l'evidente disprezzo per il lavoro manuale, perché distrae dall'arte retorica e filosofica e dalla cura della *res publica*, ed abbrutisce il fisico di chi lo compie.

La relazione tra il padrone e lo schiavo è incentrata sulla disponibilità della persona, al pari di una *cosa*, di modo che colui che lavora non è soggetto, bensì oggetto di diritto.

Nel periodo di massima espansione della schiavitù, allo svolgimento delle attività di produzione e di scambio si affiancano in misura ridotta, uomini liberi in forza di rapporti contrattuali disciplinati, ma senza una vera tutela della persona che lavora.

In epoca successiva alla caduta dell'Impero Romano d'Occidente lo schiavo ottiene la libertà personale e trova nella terra che lavora la stabilità e la sicurezza dell'esistenza in cambio dell'adempimento dell'impegno lavorativo.

## IL SISTEMA DELLE CORPORAZIONI MEDIOEVALI

Durante il medioevo nascono le botteghe artigiane e subisce un notevole impulso la figura del mercante; prende le mosse un vero e proprio mercato in cui si producono e si scambiano i beni, destinati a soddisfare le esigenze interne ed esterne: il commercio valica i confini e solca i mari del mondo conosciuto.

I titolari delle botteghe, spinti da un forte ideale solidaristico, si uniscono in associa- ➤

\* Sintesi dell'articolo pubblicato in *MGL*, 2/2021, dal titolo *Origine dell'organizzazione professionale: le corporazioni di arti e mestieri nella società medioevale e precedenti nel mondo antico*.





## ORGANIZZAZIONI DATORIALI E DEI LAVORATORI: UN SALTO NELLA STORIA

zioni dando vita alle corporazioni. Il loro fine è quello di sottrarre le attività economiche alle limitazioni feudali.

Nascono gli statuti delle corporazioni che mirano alla “regolamentazione dei rapporti al servizio delle botteghe, stabilendo principalmente con riguardo ai lavoranti e agli apprendisti, e i diritti e gli obblighi, di natura personale e patrimoniale, dei maestri”. Gli statuti regolamentano i rapporti tra maestri e collaboratori fissando: i diritti degli apprendisti e dei lavoratori; gli obblighi personali e patrimoniali dei maestri e i livelli delle remunerazioni.

L'accesso alle arti e ai mestieri è regolamentato; viene istituito un periodo di formazione professionale con rigide indicazioni sui metodi di lavoro e sulla qualità dei prodotti, dando forte risalto al ruolo all'interno della bottega secondo una logica di *status* per cui il titolare ha una posizione dominante.

L'apprendistato/tirocinio prende quindi le mosse dall'organizzazione corporativa medievale e si prefigge lo scopo di consentire agli apprendisti la qualificazione professionale soprattutto attraverso la pratica.

Va però sottolineato che nella bottega medievale il ruolo del garzone apprendista non veniva assimilato ad una vera e propria attività lavorativa ed il maestro di bottega non era tenuto a corrispondere un compenso ed al contrario, normalmente, lo riceveva dall'allievo, per l'addestramento impartito.

### DALLA RIVOLUZIONE FRANCESE ALLA RIVOLUZIONE INDUSTRIALE

Nel contesto storico che precede la Rivoluzione francese sono stati adottati alcuni provvedimenti normativi da cui emergono principalmente, anziché i diritti della persona del lavoratore, vincoli e doveri.

Soltanto con la rivoluzione industriale si ma-

nifestano, in forma evidente, la distinzione ed il conflitto tra i detentori del capitale e i prestatori di lavoro; e questo resta segno tipico del nuovo assetto sociale proprio del capitalismo moderno (conflitto industriale).

### CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Profondi mutamenti nell'organizzazione politica dei territori e nel sistema delle relazioni economiche interne ed esterne segnano il passaggio dal medioevo all'età moderna. Si comincia a parlare di libertà economica in cui la logica e l'organizzazione del sistema corporativo risultano anacronistiche e vanno via via scemando.

La borghesia imprenditoriale nasce e cresce in un arco temporale molto ridotto e diventa motore del processo di trasformazione dell'economia: in questo nuovo contesto, l'aspirazione al libero impiego dei capitali accumulati non si accorda con i vincoli dell'organizzazione corporativa, sentita come un freno allo sviluppo della borghesia; essa incarna nuovi valori sociali, incentrati sui principi di libertà e di uguaglianza dei cittadini e si rende protagonista dei mutamenti politici indotti dalle rivoluzioni liberali.

La storia del diritto sindacale inizia proprio con la rivoluzione industriale che, a partire dalla metà del XVIII secolo, interessa in tempi diversi tutte le società europee. Si assiste ad un fenomeno economico-sociale di ampissima portata. Nasce la produzione di massa, grazie allo sviluppo capitalistico ed alla diffusione delle macchine e fabbriche che vanno a soppiantare le botteghe artigiane. Questo contesto si caratterizza anche per l'evidente divisione del lavoro e sul bassissimo costo della manodopera, che ha consentito un forte accumulo di capitale per nuovi investimenti.

**GIUSEPPE SIGILLÒ MASSARA ESAMINA I LIMITI  
POSTI ALLA STIPULAZIONE DEL PATTO DI NON CONCORRENZA**

# Il patto di non concorrenza del lavoratore, TRA DIRITTO E PRASSI\*

**L**a lunga crisi dei mercati ha trasformato profondamente il mondo del lavoro rendendolo sempre più evanescente. In questo contesto, il patto di non concorrenza con il lavoratore rappresenta uno strumento particolarmente efficace per gestire il rischio di competizione nei confronti della società datrice di lavoro. Ciò specie se il lavoratore riceve proposte da parte di un *competitor* nel medesimo settore commerciale. Tuttavia, il datore di lavoro, per assicurarsi un deterrente nei confronti del lavoratore e dei terzi, può correre il rischio di trascendere proponendo patti di non concorrenza tanto stringenti da risultare invalidi. Occorre quindi avere cognizione degli elementi che caratterizzano questo accordo e i suoi limiti di validità. L'Autore li analizza.

## PREMESSA

Per il patto di non concorrenza il Legislatore ha dettato una disciplina autonoma<sup>1</sup>, presidiata da uno specifico regime di nullità che si aggiunge al regime ordinario delle nullità per indeterminazione o indeterminabilità dell'oggetto di cui all'art. 1418 c.c. Esso viene definito all'art. 2125 c.c. come un contratto a prestazioni corrispettive consistenti nello scambio tra la limitazione dell'attività lavorativa in concorrenza con l'ex datore di lavoro - contenuta entro limiti di oggetto, di tempo e di luogo - e il corrispettivo dall'altro<sup>2</sup>. Gli interessi giuridici rilevanti sono due. Vi è, da un lato, l'interesse dell'imprenditore alla tutela del patrimonio aziendale nei suoi elementi interni (organizzazione tecnica e amministrativa, metodi e processi di lavoro, etc.) ed

esterni (avviamento, clientela, etc.), trattandosi di beni che assicurano la stabilità sul mercato e il successo rispetto alle imprese concorrenti<sup>3</sup>. Dall'altro, quello del lavoratore a continuare a svolgere la propria attività lavorativa, in modo da produrre reddito e arricchire la propria personalità attraverso il lavoro. È proprio il sacrificio richiesto al lavoratore a portare il Legislatore allo sviluppo di una disciplina specifica relativa alle limitazioni dell'attività concorrenziale connesse alla cessazione del rapporto lavorativo<sup>4</sup>.

## BILANCIAMENTO DI VALORI E REQUISITI DI LEGITTIMITÀ

Se consideriamo che lo scopo principale del patto è quello di salvaguardare l'attività lavorativa del datore di lavoro, impedendo fuga di notizie e modalità operative di svolgimento della produzione stessa, deve esserci un oggetto che susciti interesse nel lavoratore che viene limitato nella scelta di una nuova occupazione: tale interesse consiste in un corrispettivo economico. La natura del patto non è, pertanto, né retributiva né risarcitoria e deve considerarsi come mera controprestazione cui si obbliga il datore di lavoro a fronte della prestazione di *non facere* cui si obbliga il lavoratore. Il corrispettivo deve, in primo luogo, soddisfare i requisiti di validità dell'oggetto del contratto<sup>5</sup>: determinatezza o determinabilità, oltre alla liceità e possibilità *ex art.* 1346 c.c. In applicazione della disciplina generale del contratto, qualora il corrispettivo non dovesse soddisfare tali requisiti, l'intero contratto dovrebbe essere dichiarato nullo *ex art.* 1418, comma 2, c.c.. Essendo chiaro il dettato normativo in merito all'ipotesi di totale assenza del compenso, ➤

\* Sintesi dell'articolo pubblicato in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2/2021, pag. 451-462 dal titolo *I limiti al patto di non concorrenza tra diritto positivo e diritto vivente*.

1. Sulla nozione di patto di non concorrenza, per tutti, R. PESSI, *Lezioni di diritto del lavoro*, Padova, 2016.

2. *Ex multis*, Cass., 2 marzo 1988, n. 2221, in

*Giur. it.*, 1989, pag. 71 ss..

3. A. BUSCATI, *Il Patto di non concorrenza*. Art. 2125; L. ZAMBONI, *Sui limiti del patto di non concorrenza a carico del prestatore di lavoro* (art. 2125 c.c.), in *Riv. dir. ind.*, 2003, 6, pag. 339 ss..

4. L. ZAMBONI, *Sui limiti del patto di non concorrenza a carico del prestatore di lavoro* (art. 2125 c.c.), pag. 339 ss.; L. RIVA SANSEVERINO,

*Disciplina delle attività professionali - impresa in generale*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Commentario al Codice Civile*, Bologna, 1977, pag. 673 ss.; P. FABRIS, *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro*, Milano, 1976, p. 41 ss.; A. BUSCATI, *Patto di non concorrenza*, p. 86 ss..

5. In questo senso, Cass. n. 16489/2009, a quanto consta non annotata.



## IL PATTO DI NON CONCORRENZA DEL LAVORATORE, TRA DIRITTO E PRASSI

nella prassi tale fattispecie appare in realtà poco realizzabile.

Accade più spesso che le parti si accordino per un corrispettivo irrisorio o comunque insufficiente a pareggiare il sacrificio del lavoratore.

È su queste ipotesi che la giurisprudenza ha avuto, anche di recente<sup>6</sup>, occasione di esprimersi assimilando l'ipotesi di inconsistenza del corrispettivo con quella della sua totale assenza.

Sebbene la lettera dell'art. 2125 c.c. non individui alcun parametro cui attenersi, una lettura sistematica e teleologica della norma porta a conclusioni diverse.

La Corte di Cassazione arriva a confermare che *“un requisito di adeguatezza sia implicito nella formulazione dell'art. 2125 e risponda alla stessa ratio sottesa alla imposizione di limiti di oggetto, tempo e luogo, in un assetto di contrapposti interessi in cui non entra in gioco un valore di mercato”*, ovvero *“il risultato almeno virtuale di una domanda e di una offerta”*, quanto piuttosto *“la garanzia del lavoratore e non del puro equilibrio dello scambio”*, cosicché *“l'espressa previsione di nullità va riferita alla pattuizione non solo di compensi simbolici, ma anche di compensi manifestamente iniqui o sproporzionati in rapporto al sacrificio richiesto al lavoratore, alla riduzione delle sue possibilità di guadagno, indipendentemente dall'utilità che il comportamento richiestogli rappresenta per il datore di lavoro, come dal suo ipotetico valore di mercato”*<sup>7</sup>.

Il corrispettivo deve dunque possedere un requisito ulteriore e specifico: la coerenza con la compressione delle possibilità lavorative e reddituali richieste al lavoratore<sup>8</sup>.

Ove il compenso dovesse risultare simbolico o iniquo, l'intero patto di non concorrenza dovrebbe ritenersi nullo<sup>9</sup>, con il conseguente ampliamento delle possibilità occupazionali del lavoratore.

Un profilo ulteriore attiene al *quod* e al *quo-*

*modo* del patto<sup>10</sup>.

È possibile che le parti si accordino perché il corrispettivo sia erogato non sotto forma di denaro ma si concretizzi, ad esempio, nella remissione di un debito o nel godimento di un bene per un certo periodo o in un compenso in natura.

Tuttavia, la grande maggioranza dei patti di non concorrenza prevede un corrispettivo in denaro, così da rendere il primo interrogativo in concreto insussistente.

Per quanto attiene al *quomodo*, nel silenzio del Legislatore, la modalità di erogazione è generalmente rimessa alla discrezionalità delle parti: pagamento in un'unica soluzione, pagamento rateizzato, pagamento alla cessazione o in costanza di rapporto.

È in particolare quest'ultima ipotesi ad avere ingenerato un ampio dibattito.

In dottrina è stata opposta strenua resistenza a tale possibilità, rilevando le difficoltà pratiche di una somma erogata in costanza di rapporto ma svincolata dal contratto di lavoro e destinata a compensare una prestazione futura ed eventuale del lavoratore<sup>11</sup> o l'impossibilità di predeterminare l'importo del corrispettivo non potendo prevedere la durata del rapporto<sup>12</sup>. La giurisprudenza si è mostrata invece, negli anni, abbastanza aperta a tale possibilità<sup>13</sup>, giungendo in alcuni casi ad ammettere la legittimità di pagamenti in costanza di rapporto, individuati in una percentuale della retribuzione<sup>14</sup>, a patto che sia riscontrabile un interesse effettivo del datore di lavoro, in assenza del quale l'erogazione potrebbe occultare un aumento retributivo<sup>15</sup>.

### LA CONTROPRESTAZIONE DEL LAVORATORE

La prestazione a carico del lavoratore deve essere contenuta entro specifici limiti di oggetto, di tempo e di luogo. ➤

6. Cass., 1° marzo 2021, n. 5540, in *Dir. & Giust.*, 2 marzo 2021, nota M. SCOFFERI.

7. Cass., 1° marzo 2021, n. 5540; in questo stesso senso, cfr. anche, Cass., 26 maggio 2020, n. 9790; Cass., 4 aprile 2006, n. 7835.

8. In questo stesso senso si è espressa la giurisprudenza successiva, tra cui Cass. 26 novembre 1994, n. 10062.; Cass., 14 maggio 1998, n. 4891; Cass. 4 aprile 2006, n. 7835.

9. Cass., 14 maggio 1998, n. 4891, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, pag. 72 ss.; Trib. Milano 6 novembre 2015, in *Banca Dati De Jure*; Trib. Teramo 30 marzo 2011, in *Banca Dati Iuris Data*.

10. Per un approfondimento sul punto, si veda S. MAGRINI, *Sul corrispettivo nel patto di non concorrenza fra lavoratore e datore di lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 1966, pag. 335; R. BARCHI, *Il patto di non*

*concorrenza: gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in *Dir. prat. lav.*, 2001, pag. 902.

11. G.M. DANNUSO, *Brevi riflessioni sulla natura del patto di non concorrenza tra datore di lavoro e dipendente*, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, c. 725; cfr. anche S. MAGRINI, *Sul corrispettivo nel patto di non concorrenza fra lavoratore e datore di lavoro*.

12. G.M. BRUNETTI, *Disciplina della concorrenza durante e dopo il rapporto di lavoro*, in *MGL*, 1964, pag. 417 ss.; V. PAGLIARO, *Il patto di non concorrenza del prestatore di lavoro*, in *Riv. dir. ind.*, 1960, pag. 23.

13. Cfr. Cass., 21 aprile 1966, n. 1027, in *Foro it.*, fasc. 1, 1966, c. 1520 ss.; Cass., 4 aprile 1991, n. 3507, in *Mass. giur. lav.*, 1991, pag. 273 ss.; Cass., 20 luglio 1983, n. 5014, in *Mass. giur. lav.*, 1983, pag. 381 ss.; Cass., 26 ottobre 1982, n. 5617, in

*Riv. it. dir. lav.*, 1983, II, pag. 642 ss.; Trib. Milano 22 febbraio 1999, a quanto consta non annotata.

14. Cass., 21 aprile 1966, n. 1027; Cass., 13 maggio 1975, n. 1846, in *Giust. civ.*, pag. 1045 ss.; Cass. 20 luglio 1983, n. 5014.; Cass., 4 aprile 2006, n. 7835; Cass., 10 luglio 1983, n. 5014; Cass., 21 aprile 1966, n. 1027; Trib. Milano 25 marzo 2011, in *Riv. crit. dir. lav.*, fasc. 3, 2011, pag. 625 ss.; Trib. Milano 21 luglio 2005, in *Orient. giur. lav.*, 2005, pag. 567 ss. Contra, Trib. Ascoli Piceno 22 ottobre 2010, in *Dir. Lav. Marche*, fasc. 1-2, 2011, p. 195 ss.; App. Torino, Sez. lav., 13 marzo 1964, in *Giur. it.*, fasc. 1, 1964, pag. 641 ss.

15. Cass., 26 ottobre 1982, n. 5617; in dottrina C. ZOLI, *Clausole di fidelizzazione e rapporti di lavoro*; O. BONARDI, *L'obbligo di fedeltà e il patto di non concorrenza*.



## IL PATTO DI NON CONCORRENZA DEL LAVORATORE, TRA DIRITTO E PRASSI

È da considerare illegittimo un patto che preveda un'astensione generalizzata e indeterminata dall'attività lavorativa, anche qualora fosse previsto un corrispettivo cospicuo<sup>16</sup>, in considerazione della tutela costituzionalmente garantita del diritto al lavoro (artt. 4 e 35 Cost.). In secondo luogo, occorre che il complesso delle limitazioni all'obbligazione negativa posta a carico del lavoratore non gli impedisca di assicurarsi un guadagno idoneo alle proprie esigenze di vita<sup>17</sup> e coerente con le competenze e le conoscenze acquisite.

Dal punto di vista datoriale è da ritenersi legittima una limitazione estesa alla totalità delle attività dell'impresa e rientranti nell'oggetto sociale, anche se non comprese tra le mansioni svolte dal lavoratore nel corso del rapporto<sup>18</sup>.

Risulta invece problematica la possibilità di includere nel patto attività rientranti nell'oggetto sociale ma non effettivamente svolte dall'azienda, così come controversa è la possibilità di includere tra le attività vietate al lavoratore anche quelle virtualmente oggetto della futura attività dell'impresa<sup>19</sup>.

Si potrebbe quindi ritenere che il patto sia valido ogniquale volta la professionalità del lavoratore risulti più ampia rispetto alle attività vietate, così che questi abbia la possibilità di reinserirsi nel mercato del lavoro, secondo un apprezzamento concreto riservato al giudice di merito e, se correttamente motivato<sup>20</sup>, non censurabile in sede di legittimità.

Per valutare la congruità e specificità dell'indicazione dell'oggetto dell'obbligazione di *non facere* cui si impegna il lavoratore, inoltre, è necessario rapportarla all'ambito territoriale preso a riferimento.

Una riduzione di attività anche molto penetrante può risultare congrua - quindi legittima - ove riferita ad un territorio ridotto<sup>21</sup>, e viceversa<sup>22</sup>, in modo da consentire al lavoratore possibilità tangibili di reinserimento nel mercato lavorativo a lui confacente.

In merito all'ampiezza territoriale del patto, le valutazioni di congruità hanno subito notevoli modifiche con l'avanzare del processo di unificazione del mercato interno europeo e della globalizzazione del mercato.

Così, già dall'inizio del nuovo millennio, la giurisprudenza ha iniziato a riconoscere la legittimità di patti di non concorrenza estesi all'intero territorio dell'Unione Europea<sup>23</sup>.

Per quanto attiene, infine, al limite di tempo, la valutazione risulta agevolata dall'indicazione legislativa della durata massima, individuata in cinque anni per il personale dirigenziale e in tre anni per il personale non dirigenziale.

La *ratio* di questa previsione affonda nella maggior delicatezza delle mansioni affidate ai soggetti che ricoprono la carica dirigenziale, i quali svolgono la funzione di *alter ego* dell'imprenditore, trattando informazioni salienti e intrattenendo rapporti diretti con la clientela, attività suscettibili di creare danni di maggiore entità dopo la cessazione del rapporto di lavoro. Nel caso in cui venisse pattuita una durata superiore a quella prevista dall'art. 2125 c.c., essa verrà automaticamente ridimensionata sui limiti massimi previsti dalla legge, in virtù del disposto di cui all'art. 1419, comma 2, c.c..

Allo stesso modo, è nulla per frode alla legge sia la pattuizione che stabilisca la proroga del termine oltre i limiti di cui all'art. 2125 c.c., sia quella che prolunghi la durata all'interno dei limiti di legge, ma senza un adeguamento del corrispettivo in favore del lavoratore.

Relativamente ai suddetti limiti temporali, il silenzio delle parti in ordine alla durata del patto non ne determina la nullità, ma comporta la durata di esso nella misura massima stabilita dall'art. 2125 c.c..

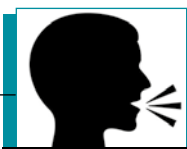
In entrambi i casi, spetterà comunque al giudice valutare la congruità della durata in relazione alle limitazioni dell'oggetto e al compenso pattuito.

16. Cass., 26 novembre 1994, n. 10062; Cass. 12 novembre 2014, n. 24159, in *Banca Dati De Jure*. In dottrina O. BONARDI, *L'obbligo di fedeltà e il patto di non concorrenza*, pag. 740. A. BASSATI, *Patto di non concorrenza*, pag. 90; G. DEL BORRELO, *Note in tema di patto di non concorrenza*, in *Giust. civ.*, fasc. 5, 2003, pag. 1077 ss. Contra P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da Schlesinger, vol. III, Milano, 2003, pag. 306.  
17. Cass. 4 aprile 2006, n. 7835; cfr. anche

Cass. 3 dicembre 2001, n. 15253, in *Not. Giur. Lav.*, 2002, p. 245 ss.; Cass., 2 maggio 2000, n. 5477, in *Dir. prat. lav.*, 2000, pag. 263 ss.  
18. Cass. 21 aprile 1966, n. 1027; Cass., 24 marzo 1980, n. 1968; Cass. 3 dicembre 2001, n. 15253; Cass., 10 settembre 2003, n. 13282, in *Mass. giur. lav.*, 2004, pag. 94 ss. In dottrina v. O. BONARDI, *L'obbligo di fedeltà e il patto di non concorrenza*, p. 737 ss.; E. MINALE COSTA, *Lineamenti del patto di non concorrenza*, pag. 645; si veda anche P. FABRIS, *Il patto di non concorrenza*, pag. 102.  
19. Contraria una parte della giurisprudenza

risalente, cfr. App. Torino, 24 giugno 1967, in *Giur. it.*, 1967, pag. 673 ss..  
20. Cass., 4 aprile 2006, n. 7835.  
21. N. PAOLUCCI, *Osservazioni in tema di patto di non concorrenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, fasc. 2, 2000, pag. 329 ss..  
22. C. ZOLI, *Clausole di fidelizzazione e rapporto di lavoro*, pag. 449 ss..  
23. Cass. 21 giugno 1995, n. 6976, in *Foro it.*, 1982, c. 2591 ss.; cfr. anche Trib. Milano 22 ottobre 2003, in *Riv. crit. lav.*, 2004, pag. 122 ss.; Trib. Milano, 3 maggio 2005.





**{ SENZA FILTRO**

Rubrica impertinente di **PENSIERI IRRIVERENTI**

## LA STORIA DI ANNA E MARCO

**A**rrivano in Studio una tarda mattinata. Si chiamano Anna e Marco, come quelli della bella canzone di Lucio Dalla, la ricordate? (*“Anna come sono tante, Anna permalosa, Anna bellosguardo, Marco grosse scarpe e poca carne, Marco cuore in allarme...”*). Due coniugi di quasi mezza età (si direbbe una volta), lei ha effettivamente un bel modo di guardare, aperto, trasparente. Ma più che permalosa è arrabbiata, incredula; per questioni che presto capirete.

Anche Marco ha un occhio pulito, di uno abituato a lavorare, concreto. Pure ha il cuore in allarme, il Marco, per due motivi, uno dei quali è l’oggetto di queste riflessioni; l’altro è che dopo anni di lavoro, l’organo cardiaco qualche scherzetto ha cominciato a farlo.

Così lui, una vita passata dietro ad una piccola impresa edile, con la moglie a seguirgli a tempo perso le carte, ha dovuto interrompere il suo lavoro di sempre ed ora fa il conducente di auto a noleggio da qualche anno. Sul punto di smettere, tre anni fa, l’ultima occasione della vita, quasi una ciliegina sulla torta, un ultimo giro di valzer della professione a cui ha dato tanto: la ristrutturazione della villetta di un amico.

Il Marco fisicamente non ce la farebbe, ma gli spiace rinunciare: è una bella opportunità, gli sembra anche un bel modo di salutare, una degna chiusura della sua piccola creatura lavorativa. Ma con i mezzi che ha non può proprio, e allora decide di far qualcosa che non aveva mai fatto: subappaltare una parte dei lavori, quelli più impegnativi e pesanti, specie sotto l’aspetto fisico.

Cerca in po’ in giro, finché gli presentano una società dal nome altisonante (Galassia s.r.l.) e comunque referenziata. Un paio di incontri, un accordo con contenuti economici di tutto rispetto (niente roba al ribasso, che il Marco ci tiene a far le cose per bene per tutti) e si comincia.

Gli operai della Galassia lavorano bene, i lavori procedono e si concludono in modo ottimale. La Galassia presenta regolarmente il Durc e il Marco si accerta che gli operai siano pagati, e il giusto: tutto a posto. Marco paga con soddisfazione la Galassia e saluta, insieme a lei, il suo antico lavoro.

Passano tre anni, tre lunghissimi anni, ed ecco che alla porta del Marco (e di Anna, ovviamente) suona l’Inps.

Stanno facendo un controllo sulla Galassia (è sempre la società, eh, i controlli dell’Inps di solito non riescono a tener dietro ad un piccolo territorio, figurarsi estendersi addirittura al di fuori del sistema solare...) e chiedono conto a Marco delle attività effettuate nel periodo.

Marco tira fuori tutto tranquillo: contratto, fatture, pagamenti, controlli che ha effettuato, sicurezza, Durc. È tutto ok. D’altronde, proprio nel corso di quell’ultimo lavoro, in cantiere sono arrivate ben due ispezioni. Una è della Cassa Edile: d’accordo, la Cassa Edile, malgrado quanto essa sostiene in modo roboante, non ha alcuna potestà ispettiva - e quindi nessun reale potere di controllo né facoltà di richiedere alcunché - però sempre un controllo è, e spesso, proprio perché non soggetto ad alcun limite né a codici di comportamento stringenti, ancor più accanito di quelli normali. Il secondo controllo è dell’ATS. Entrambe le ispezioni si concludono con un nulla del fatto (ci sono i verbali “negativi” ad attestarlo); e converrete con me che la percentuale di probabilità che un’ATS (a volte chiamata anche ASL o USSL o AUSL a seconda del posto) non rilevi nulla di anormale in un cantiere - specie se di una piccola impresa - è evento più unico che raro (talvolta, occorre dirlo, più per certa pignoleria burocratica dell’ATS che non per il rilievo di mancanze effettive e sostanziali).

Insomma, tutto molto bello, come direbbe ►





Bruno Pizzul.

L'Inps acquisisce, ringrazia (o forse no) e se ne va. Poi, dopo qualche giorno, richiede altra documentazione. Marco si allarma ("C'è qualcosa che non va"? "No - è la risposta - sono solo controlli formali...").

Dopo un mese e mezzo arriva un verbale a carico di Marco per circa 12mila euro. È d'uopo riportarne quasi integralmente il passaggio incriminato (anzi, incriminante - e più giustamente, incriminabile).

Il verbale prende di mira Marco in quanto responsabile solidale.

Si comincia con citare un pregresso primo verbale, di qualche mese prima, a carico della Galassia s.r.l.

*"Per i periodi di ... i contributi sono stati saldati a mezzo compensazioni, rispetto alle quali è stata inoltrata richiesta all'Agenzia delle Entrate intesa ad ottenere conferma della legittimità delle stesse; richiesta ad oggi in attesa di riscontro. Si precisa che qualora dette compensazioni risultassero illegittime il competente Ufficio Amministrativo della sede Inps di ... procederà a richiedere al soggetto ispezionato il debito contributivo... e i verbalizzanti procederanno a parzializzare [qualsiasi cosa voglia dire, N.d.a.] detto debito in capo agli obbligati solidali".*

A parte lo sfasamento lessicale temporale, c'è da notare che di questo "dubbio" Marco non era stato minimamente avvisato.

Il verbale poi prosegue:

*"In data ... l'Agenzia delle Entrate di ... con nota protocollo .... ha certificato che le compensazioni effettuate a saldo dei contributi dovuti per i periodi di .... sono da considerarsi illegittime, pertanto ad oggi i contributi previdenziali dovuti sono evidenziati nel prospetto che segue (omissis).*

Viene citata con tanto di testo la norma di riferimento per la responsabilità solidale in appalto (Art. 29, co. 2 del D.lgs. n. 276/03) con l'esplicitazione che tale responsabilità è nel limite di due anni dalla cessazione dell'appalto (e qui ne sono passati circa tre). Tuttavia, il verbale trova opportuno, a questo punto, citare un allegro riferimento.

*"Si precisa inoltre che l'INL con nota n. 9942 del 19 novembre 2019 ha fornito chiarimenti*

*in merito al termine entro cui è possibile far valere detta responsabilità solidale (...). Al riguardo la nota precisa che il termine decadenziale dei due anni previsto dall'art. 29 comma 2 trova applicazione esclusivamente all'azione esperita dal lavoratore e non anche all'azione promossa dagli Enti Previdenziali".*

Riassumendo i termini della questione, la Galassia ha pagato "regolarmente" i contributi fruendo in F24 di agevolazioni fiscali illegittime. In altre parole, ad un controllo formale l'azienda risulterebbe regolare - ed infatti è dotata di Durc per tutto il periodo - sennonché le compensazioni effettuate fra debiti e crediti in F24 non risultano valide (non è dato comprendere dal verbale se con intento meramente fraudolento - cioè con somme appositamente inventate - o per effetto di contestazioni del Fisco su agevolazioni che la Galassia aveva ragione di ritenere valide).

Ovviamente con la disperazione di Marco ed Anna, che l'abbandono della vecchia attività non è stato indolore, anche dal punto di vista economico, né lo è l'attuale situazione per cui Marco lavora sì ma a tempo abbastanza ridotto. Ma ribaltata la questione non c'è nulla da fare. Oltre il danno si profilerebbe anche la beffa, in quanto Inps non ha ipotizzato nessuna procedura di rateizzazione dei debiti solidali (ma qui di solidarietà ce n'è ben poca). Rateizzazione che poi viene "concessa", quasi come fosse un piacere, solo dietro ripetute insistenze. E comunque 12mila euro, per uno che vive del suo lavoro e a mezzo servizio, comprenderete bene che non sono per niente pochi.

Ora, potrete dire che tutto sommato di storie così se ne sentono, potreste cantare alla Guccini "ma che piccola storia ignobile sei venuto a raccontarmi, così solita e banale come tante, che non merita nemmeno due colonne su un giornale". Invece io ritengo che questa storia due o tre riflessioni le meriti.

Cominciamo col dire che chi scrive ritiene la norma sulla responsabilità solidale un giusto contrappeso. La legge, in due parole sintetiche e non tecniche, prevede che chi commissiona un lavoro in appalto (il committente) sia responsabile in solido con chi





esegue il lavoro (l'appaltatore) per quanto riguarda le retribuzioni spettanti ai lavoratori (che hanno lavorato nell'appalto e per il solo periodo in cui vi sono stati impiegati) e la relativa contribuzione. Se non paga l'appaltatore, risponde il committente. Questa solidarietà è totale (cioè non bisogna per forza prima chiedere i soldi al debitore principale) e si esercita, così dice la norma, entro due anni dalla cessazione dell'appalto.

Perché è un bel contrappeso? Perché rimane come norma di confine a far sì che i diritti dei lavoratori "non si disperdano" nella filiera, mantenendo sempre il dito puntato sul committente, di modo da non favorire affidamenti di lavori al ribasso e al risparmio.

Mi sono scordato però di usare il condizionale: la norma *dovrebbe* favorire la costituzione di filiere sane. E invece le filiere malate, anzi malatissime, sono tante. E ogni tanto ci sono un Marco e una Anna che ci incappano. E ancora ancora se si trattasse dei classici "danni collaterali". Invece il sistema sembra fatto apposta – in questa e in molte altre situazioni – per prendersela coi pesci piccoli, lasciando liberamente pascolare nell'illegalità quelli grossi.

Facciamo pertanto alcune osservazioni, cerchiamo stranezze (eufemismo) e colpe.

1) La prima stranezza è che la responsabilità solidale si applica solo nel settore privato (malgrado qualche sentenza isolata che abbia sollevato questa disuguaglianza). Nei lavori pubblici, no.

Se provate a dire che il motivo risiede nel fatto che nel pubblico tutto è trasparente e di filiere al ribasso non ce ne sono, i casi possono essere solo due: o siete miopi o siete in malafede. E non dico altro, per amor di patria.

Lo Stato evidentemente non ha gli stessi doveri e non è obbligato ad offrire le stesse garanzie di un normale cittadino/imprenditore.

2) La seconda stranezza, compagna della prima, è che la responsabilità solidale si può esercitare, per quanto riguarda il dipendente, solo entro due anni dalla cessazione dell'appalto (poi decade il diritto) mentre per quanto riguarda la contribuzione, si va a prescrizione ordinaria (5 anni). Ciò in base ad

alcune discutibili, ma maggioritarie, interpretazioni, che vanno contro la lettera della legge. Lo Stato può arrivare tardi, benché questo ritardo è ciò che comporta i maggiori danni allo Stato (e quindi a ciascuno di noi) ma anche di riflesso ai lavoratori coinvolti.

Lo Stato è, insomma, come il banco del settemezzo: vince sempre. Perdiamo noi, i sudditi.

3) Vi sembrerà strano, ma nel dare le colpe non metterò in mezzo gli ispettori del caso. I quali si limitano a fare il loro lavoro ed il loro dovere. Meccanismi di un'ingiustizia che non dipende da loro, si limitano ad applicare la norma. Semplicemente obbediscono agli ordini (se lo associate ad altre obbedienze della storia, lo fate di vostro, si intende). Specie se il recupero è comodo, aggiungerei; sulle ispezioni più avventurose ed impegnative spesso ho trovato, come dire, una certa refrattarietà. A tutti, evidentemente, piace vincere facile.

4) Il colpevole numero 1 è il Legislatore. Il quale ha elaborato una norma zoppa. Non tanto il Legislatore del 2003, quanto il Legislatore che, venuto dopo, non ha saputo fare di meglio che ritoccare la norma tante, tantissime, volte ma con il piglio gattopardesco per cui tutto, cambiando, deve rimanere tale e quale. Anzi, peggio. Cioè inefficace.

5) Colpevole è l'istituzione, a tal proposito, del Durc. Che non serve – allo stato attuale – per intercettare fenomeni di elusione negli appalti, eppure è contrabbandato come medicina per un male che non può guarire. Perché il Durc, per l'elusione in appalto, ha la stessa efficacia di una camomilla per una frattura scomposta. Però, sempre nell'appalto, un effetto il Durc ce l'ha: recuperare agevolazioni e mettere alla gogna ditte magari serie ma in difficoltà, non di rado consegnandole alla criminalità organizzata (che in periodi di crisi, come quello in cui ci troviamo, fa affaroni da saldo). Senza nessun discrimine fra lo scorretto e il soggetto in difficoltà, il Durc, parafrasando il Cyrano, è un apostrofo nero fra le parole "t'affosso". Con, anche qui, una presenza dello Stato a dir poco vergognosa e latente.

Non ci credete? Guardate il caso di Anna e ►





Marco: hanno controllato tutto (ai lavoratori non mancava nulla), si sono fidati del Durc e di uno Stato che doveva (avrebbe dovuto) controllare per tempo compensazioni illegittime. E non l'ha fatto. E pertanto ha emesso certificazioni di regolarità che si è rimangiato con la stessa faciloneria cialtrona con cui le aveva emesse. Vogliamo parlare di tradimento del legittimo affidamento?

6) Ci sono anche altri colpevoli. Tutto un movimento, fra alcune associazioni di professionisti e di imprese (fare i nomi è sempre spiacevole, ma è tutto documentabile), che si sono mosse lamentando (quando c'era la responsabilità solidale anche per la parte fiscale) un insopportabile onere di controllo in capo al committente. Trovando una sponda inaspettata.

7) L'ultimo (forse non l'ultimo) colpevole, complice un legislatore sempre più bolso. È il sindacato dei lavoratori sedicente più numeroso in Italia (per quanto possa sembrare strano), promotore a fine 2016 di un referendum, che poi ha portato a modifiche legislative per accogliere le istanze promotrici evitando la tornata referendaria, su due importanti aspetti:

- togliere meccanismi di accertamento preventivo della regolarità degli appalti;
- togliere l'escussione preventiva del debitore principale (nel caso di Anna e Marco, per stare sul caso, han tolto l'obbligo di andare a rompere le uova nel paniere alla Gallasia s.r.l. invece che a due poveri cristi).

E quest'ultimo punto svela un po' tutti gli altri. Eh sì, perché il Legislatore del 2003, nella norma sulla responsabilità solidale aveva inserito un *incipit* di vera responsabilità sociale. Vediamola insieme (la parte in grassetto è quella che è stata abrogata).

***“Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli ap-***

***palti, in caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore (...).”***

Cioè il legislatore originario aveva previsto che la responsabilità solidale potesse trovare una limitazione laddove le parti sociali avessero individuato **meccanismi di accertamento preventivo** volti a garantire la regolarità dell'appalto fin dalla sua origine. Anche l'Ordine dei Consulenti del lavoro ha messo in piedi procedure di asseverazione che potrebbero garantire tale accertamento con soddisfazione della filiera (clamoroso che uno di questi protocolli di asseverazione, realizzato dall'Ordine di Milano con la DTL territorialmente competente, sia stato pesantemente osteggiato dalla allora Direzione Generale dell'Attività Ispettiva del Ministero del Lavoro per ragioni ancora oggi misteriose).

Ma tutto tace.

Perché si preferisce stare in questa terra di mezzo, con morti e feriti, pochi vincitori e la legalità come unico vero sconfitto.

Perché le Parti Sociali (magari per alcuni loro coinvolgimenti o interessi? Chissà...) in quasi 15 anni non sono riuscite a partorire il benchè minimo tentativo di trovare metodi e procedure condivise per verificare la regolarità degli appalti. Nel frattempo, si sono affastellate norme e regole sempre più farraginose (l'ultima, quella sugli adempimenti delle ritenute fiscali, sembra partorita da un marziano ubriaco), con un solo vero obiettivo: lasciare il marasma invece che trovare soluzioni.

Quindi, non ci resta che ... chiudere con i nostri Anna e Marco. Voi ricordate come finiva la canzone di Dalla? *“Anna avrebbe voluto morire, Marco voleva andarsene lontano, qualcuno li ha visti tornare tenendosi per mano”*.

Il grande cantante non si offenderà se la storia di Anna e Marco si conclude qui in modo non meno tenero, ma più amaro. Perché entrambi volevano vivere bene la seconda parte della loro esistenza, ed io li ho visti andarsene dallo Studio tenendosi per mano. Però piangevano.

Se avete letto fino a qui saprete anche a chi possono dire “grazie”.







## {UNA PROPOSTA AL MESE

# PART-TIME E TICKET LICENZIAMENTO: poniamo fine ad una discriminazione

“E non è necessario perdersi in astruse strategie, tu lo sai, può ancora vincere chi ha il coraggio delle idee.”

(R. Zero, “il coraggio delle idee”)

Con la circolare di inizio anno 2020, ed esattamente la n. 40 del 19 marzo l'Inps aveva fornito un quadro riepilogativo delle tipologie di cessazione del rapporto di lavoro per le quali si viene a configurare l'obbligo di versamento del c.d. *ticket di licenziamento*, introdotto dall'**articolo 2, commi 3135, della Legge n. 92/2012**.

Di seguito la norma, quantomeno per gli aspetti che qui ci interessano:

**31.** *Nei casi di interruzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato per le causali che, indipendentemente dal requisito contributivo, darebbero diritto all'ASpI, intervenuti a decorrere dal 1° gennaio 2013, è dovuta, a carico del datore di lavoro, una somma pari al 41 per cento del massimale mensile di ASpI per ogni dodici mesi di anzianità aziendale negli ultimi tre anni. ... omissis ...*

**32.** *Il contributo di cui al comma 31 è dovuto anche per le interruzioni dei rapporti di apprendistato diverse dalle dimissioni o dal recesso del lavoratore, ivi incluso il recesso del datore di lavoro ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera m), del testo unico dell'apprendistato, di cui al decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167.*

**33.** *... omissis ...*

**34.** *A decorrere dal 1° gennaio 2013, il contributo di cui al comma 31 non è dovuto nei seguenti casi:*

- a) licenziamenti effettuati in conseguenza di cambi di appalto, ai quali siano succedute assunzioni presso altri datori di lavoro, in attuazione di clausole sociali che garantiscano la continuità occupazionale prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale;*
- b) interruzione di rapporto di lavoro a tempo indeterminato, nel settore delle costruzioni edili, per completamento delle attività e chiusura del cantiere.*

### LA DISCIPLINA SECONDO L'INPS

Con la circolare in commento l'Istituto, dopo aver precisato *in primis* che il versamento del *ticket di licenziamento* è richiesto nei soli casi di interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, riepiloga le tipologie di cessazione per le quali il contributo deve essere assolto e quelle per cui, al contrario, il contributo non è dovuto. Non staremo qui a riportare questo lungo elenco dato che non è questo l'oggetto della proposta del mese.

Per l'argomento di questa rubrica invece il nostro interesse va alla lettura data dall'Inps circa la **misura del contributo** i cui criteri di calcolo sono peraltro indicati dall'art. 2, comma 31, della Legge n. 92/2012, il quale prevede che il contributo è pari al 41 per cento del massimale mensile di Naspi per ogni dodici mesi di anzianità aziendale registrata negli ultimi tre anni. E qui, a parte le ultime ►





precisazioni date dall'Istituto con la circolare n. 137 del 17.09.2021, *nulla questio*.

Poco condivisibile invece l'interpretazione - già fornita a suo tempo con la circolare n. 44 del 22 marzo 2013 - circa l'obbligo contributivo per i lavoratori a tempo parziale che secondo l'Istituto, essendo questo scollegato dall'importo della prestazione individuale, è richiesto in misura identica per tutti i lavoratori a prescindere dalla tipologia di lavoro, sia esso in modalità *part-time* che *full-time*.

La lettura sfruttando la consueta incapacità di chiarezza del Legislatore, ha una sua base giuridica "giocando" sul fatto che la norma non parla esplicitamente di un contributo riproporzionabile in caso di rapporti a tempo parziale.

Va però anche detto che una pretesa impositiva indifferenziata pur a fronte di orari di lavoro diversi cozza contro i principi generali di equità e uguaglianza ma soprattutto contro le regole stabilite dal D.lgs. n. 81/2015 che dispone che il lavoratore a tempo parziale non deve ricevere un trattamento meno favorevole rispetto al lavoratore a tempo pieno di pari inquadramento e parallelamente che il suo trattamento economico e normativo deve essere riproporzionato in ragione della ridotta entità della prestazione lavorativa. In questo caso il trattamento normativo riteniamo, non essendo diversamente specificato, debba intendersi in senso ampio (se l'Inps gioca con le parole, lo possiamo fare anche noi) e quindi vi rientra certamente non solo il classico "trattamento economico-normativo" previsto dai contratti collettivi (che infatti non vengono citati) ma ogni disposizione di legge che disciplini il rapporto a tempo parziale.

Ma procediamo con ordine.

La *ratio* della norma parrebbe quella di suddividere gli oneri della indennità di disoccupazione tra l'Istituto e il datore di lavoro o meglio di far contribuire quest'ultimo al pagamento della Naspi con una quota *una tantum* in quanto presunto "colpevole" dell'accesso a tale prestazione da parte del lavoratore e ciò a causa dell'intimato licenziamento (così come nel caso di dimissioni

per giusta causa).

Anche in tale ottica pretendere di far pagare dazio al datore, con quasi 1.500 euro, per un lavoratore a tempo parziale assunto per poche ore settimanali che, in linea di massima, ha titolo ad una prestazione ridotta rispetto ad un lavoratore a tempo pieno non ha alcuna logica se non quella di portare nelle casse dell'Inps più soldi possibili.

E non rileva in alcun modo il fatto che magari il lavoratore per il calcolo della prestazione potrebbe avvalersi di precedenti periodi di lavoro *full time* nel quadriennio di riferimento per ottenere un trattamento Naspi quasi pieno. Non esiste alcuna valida ragione di far pagare all'ultimo datore di lavoro un contributo straordinario in misura piena sulla base di contratti a tempo pieno stipulati da terzi.

Ma oltre a ragioni di equità e giustizia sostanziale vi sono ragioni giuridiche che impongono all'Inps una rivalutazione della posizione espressa.

Parliamo di una vera e propria discriminazione.

#### L'INTERPRETAZIONE FORNITA DALL'INPS È DA RITENERSI DISCRIMINATORIA?

Per discriminazione nell'ambito del diritto del lavoro si intendono tutti quei comportamenti aventi l'effetto, esplicitamente o anche di fatto, di trattare in modo diseguale situazioni che dovrebbero essere trattate paritariamente e determinati dal fatto che il soggetto coinvolto appartiene ad una determinata categoria o presenta un determinato carattere. La discriminazione si ravvisa anche quando una norma costringa di fatto un soggetto ad operare certe sue scelte a favore di taluni e a svantaggio di un determinato soggetto per il fatto che questo si trovi in una particolare situazione.

Vedo alcune facce perplesse. Va bene, cercherò di spiegarlo con un breve racconto.

*Luigi è a capo di una grande azienda. Arriva nel mio ufficio per raccontarmi che ha deciso di chiudere il rapporto con una ditta esterna di pulizia e di assumere direttamente del personale ad hoc.*





È deciso ma ha un solo dubbio ovvero se assumere una sola persona a tempo pieno oppure due a part-time al 50%.

Ha le idee chiare. Sa bene i vantaggi di avere due addetti: nel caso di ferie, malattia o assenze varie di uno dei due potrebbe sopperire con il lavoro supplementare del secondo assunto.

Sa pure che due part-time al 50% costano come un lavoratore a tempo pieno. Ed è pure consapevole che due buste paga costano il doppio di una, ma il vantaggio della elasticità garantita dai due addetti nel coprire ogni improvvisa ed imprevista esigenza giustifica ampiamente la cosa.

Ma Luigi è un imprenditore molto oculato. Ogni passo, anche quello che si potrebbe credere sia il più semplice, è abituato a chiedere conferma a chi ne sa più di lui.

«A dottò che mi dici? Facciamo così?»

«No Luigi, ti sfugge un particolare. Nel caso un domani volessi tornare indietro al sistema “ditta esterna” e licenziare i due addetti parttime avresti, rispetto alla soluzione di un solo addetto tempo pieno, un onere contributivo doppio quale “ticket di licenziamento”. Che dopo 3 anni arriverebbe a circa 3.000 euro complessivi contro i 1.500 richiesti in caso avessi optato per un singolo addetto alle pulizie.»

«Beh dottò, sai che ti dico? Ci devo pensare ancora un po’.»

Ecco spiegato dove sta la discriminazione. Certo, dirà qualcuno, ma giuridicamente quale norma potrebbe essere invocata davanti ad un giudice a sostegno di questa tesi? Questa norma è una **direttiva europea e più precisamente la Direttiva 97/81/CE del Consiglio Europeo del 15 dicembre 1997 relativa all’accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall’UNICE, dal CEEP e dalla CES.**

Nello specifico possiamo richiamare *in primis* la **Clausola 1: oggetto** che così recita:

*Il presente accordo quadro ha per oggetto:*

*a) di assicurare la soppressione delle discriminazioni nei confronti dei lavoratori a tempo parziale e di migliorare la qualità del lavoro a tempo parziale;*

*b) di facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale su base volontaria e di contribuire all’organizzazione flessibile dell’orario di lavoro in modo da tener conto dei bisogni degli imprenditori e dei lavoratori.*

Può essere poi richiamata la **Clausola 4: Principio di non-discriminazione** che così dispone:

*1. Per quanto attiene alle condizioni di impiego, i lavoratori a tempo parziale non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili per il solo motivo di lavorare a tempo parziale, a meno che un trattamento differente sia giustificato da ragioni obiettive.*

Nella fattispecie difficile a chi scrive ravvisare ragioni “obiettive” per cui per il licenziamento di un lavoratore part-time venga richiesto un versamento contributivo – perché di contributi si tratta – maggiore dell’omologo lavoratore a tempo pieno.

Ma soprattutto rileva per quanto qui sostenuto la **Clausola 5: Possibilità di lavoro** a tempo parziale che non lascia spazio a dubbi.

*1. Nel quadro della clausola 1 del presente accordo e del principio di non-discriminazione tra lavoratori a tempo parziale e lavoratori a tempo pieno:*

*a) gli Stati membri, dopo aver consultato le parti sociali conformemente alla legge o alle prassi nazionali, dovrebbero identificare ed esaminare gli ostacoli di natura giuridica o amministrativa che possono limitare le possibilità di lavoro a tempo parziale e, se del caso, eliminarli;*

*b) le parti sociali, agendo nel quadro delle loro competenze e delle procedure previste nei contratti collettivi, dovrebbero identificare ed esaminare gli ostacoli che possono limitare le possibilità di lavoro a tempo parziale e, se del caso, eliminarli.*

Se qualcuno nutre qualche dubbio su come la Corte di Giustizia della Comunità Europea ha interpretato - direi anche severamente - la direttiva citata è sufficiente recu- ➤





perare su internet la **sentenza del 24 aprile 2008, cause riunite C-55/07 e 56/07** dove presso la Corte europea era stata impugnata la normativa nazionale italiana - l'art. 2, D.lgs. n. 61/2000 - che prevedeva all'epoca dei fatti di causa l'obbligo, per il datore di lavoro, di trasmettere alla competente Direzione provinciale del lavoro una copia del contratto a tempo parziale entro trenta giorni dalla sua stipulazione (norma peraltro poi soppressa dall'art. 85, D.lgs. n. 276/2003).

In quel caso, ad avviso della Corte, la disposizione introduceva un ostacolo amministrativo idoneo a limitare le possibilità di lavoro a tempo parziale, in quanto l'abbinamento della formalità amministrativa e, in caso di inottemperanza, del regime di sanzioni contribuiva a dissuadere i datori di lavoro dal ricorrere al lavoro a tempo parziale rischiando, in particolare, di danneggiare le piccole e medie imprese che, in mancanza di risorse rilevanti, possono essere indotte ad escludere un modo di organizzazione del lavoro (il ricorso al contratto a *part-time*) quando ne sia eccessivamente onerosa l'attuazione.

E qui si noti si discuteva di un adempimento amministrativo, a nostro avviso, nemmeno così "oneroso" che forse più teoricamente avrebbe spinto qualche datore di lavoro a rinunciare ad una assunzione a orario ridotto. Ma il *diktat* dei giudici europei è chiarissimo: nessun paletto ai contratti a tempo parziale. E tanto per esser chiari la censura ha riguardato l'obbligo di notifica in sé e non la sanzione prevista o la sua entità.

Se tanto ci da tanto, prima che qualcuno si attivi presso la Corte di Giustizia Europea facendoci fare la solita figura da dilettanti del diritto o di coloro che violano sistematicamente le direttive, sarebbe opportuno - ed ecco qui la nostra proposta - che:

- o **il Legislatore intervenga fornendo una interpretazione autentica del disposto nel senso che il contributo debba essere riproporzionato nei casi di lavoratori occupati a *part-time*;**
- oppure che l'Inps riveda la propria lettura che appare oggettivamente discriminante. L'una delle due purché si faccia in fretta.



## ARGOMENTO

### Esclusione della responsabilità aziendale per mobbing laddove non vi sia conoscibilità delle condotte vessatorie

Con sentenza di primo grado, confermata dalla Corte di Appello di Catanzaro, veniva rigettata l'istanza di C.B. nei confronti della società P.I., tesa all'accertamento delle condotte vessatorie dei superiori gerarchici perpetrate tra il 2006 e il 2010 e la conseguente responsabilità datoriale con diritto al risarcimento dei danni.

Avverso la sentenza proponeva ricorso la lavoratrice, contro cui resisteva con controricorso il datore di lavoro.

I sette motivi di impugnazione presentati dalla istante, tutti respinti dalla Cassazione Civile con sentenza n. 16534, confermano le decisioni di primo grado e in appello, sancendo la definitiva soccombenza di C.B.

In particolare, la violazione e falsa applicazione degli artt. 2087 e 1228 c.c. e degli artt. 2043 e 2049 c.c. e art. 32 della Costituzione, per aver ritenuto la società P.I. indenne da responsabilità, sono ritenuti motivi infondati, posto che la Corte di Appello aveva accertato che il datore di lavoro non era *“stato messo a conoscenza delle presunte condotte persecutorie nei confronti della dipendente”*.

Le condotte vessatorie poste in essere dai propri dipendenti, presunte o reali, laddove sia accertata la non conoscibilità da parte del datore di lavoro, non possono configurare inerzia nella rimozione delle stesse da parte di quest'ultimo, escludendo quindi la responsabilità e la conseguente condanna risarcitoria a carico dell'azienda.

Cass., sez. Lavoro,  
11 giugno 2021, n. 16534

**AUTORE**  
ROBERTA SIMONE  
Consulente del Lavoro in Milano

## ARGOMENTO

### Cessione di un ramo d'azienda inefficace: il lavoratore ha diritto alla ricostituzione del rapporto di lavoro con il cedente indipendentemente da quanto conciliato con il cessionario

Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione ribadisce un principio di diritto sulle vicende relative alla cessione di ramo d'azienda a scapito della effettiva prestazione esperita. La decisione prende spunto da una lavoratrice che veniva trasferita ad altra azienda per cessione di ramo d'azienda. Nelle more del giudizio di illegittimità della cessione, la lavoratrice, che aveva prestato attività lavorativa presso il cessionario, veniva

licenziata e firmava un atto di conciliazione nel quale dava ampia rinuncia ai propri diritti. Con la dichiarazione di inefficacia del primo atto di cessione di ramo d'azienda, la dipendente presentava ricorso contro il cedente per la costituzione di un rapporto di lavoro nei confronti di quest'ultimo. In primo e secondo grado il Tribunale di Venezia, rigettava la richiesta della lavoratrice affermando che *“l'intervenuta conciliazione,*

Cass., sez. Lav.,  
7 luglio 2021, n. 19308

**AUTORE**  
RICCARDO BELLOCCHIO  
Consulente del Lavoro in Milano



comportante l'accettazione della risoluzione del rapporto lavorativo originato dalla cessione, ha determinato il venir meno dell'interesse ad agire dell'appellata; il fatto di avere impugnato il licenziamento intimato dalla cessionaria e di avere poi rinunciato a detta impugnazione presuppone una continuità giuridica tra il rapporto lavorativo intercorso con la cedente e la successione in esso da parte della cessionaria". La Corte d'Appello di Venezia ribadiva, inoltre, come la lavoratrice "non poteva efficacemente abdicare alla pretesa della prosecuzione del rapporto con la cessionaria e nello stesso tempo riservarsi di proseguirlo con la cedente; la sentenza di primo grado sull'inefficacia della cessione di ramo di azienda del 19 agosto 2010 precede il verbale di conciliazione sottoscritto il 21 novembre 2012, ma il relativo accertamento non era ancora definitivo, per cui doveva ritenersi impregiudicata la questione della continuità giuridica del rapporto con la cessionaria, ossia il presupposto sulla base del quale interviene la conciliazione". Di diverso avviso la Cassazione che accoglie le rimostranze della lavoratrice affermando come, richiamando proprie conformi sentenze, l'unicità del rapporto presuppone la legittimità della vicenda traslativa regolata dall'art. 2112 c.c.: sicché, accertatane l'invalidità, il rapporto con il destinatario della cessione è instaurato in via di mero fatto, tanto che le vicende risolutive dello stesso non sono idonee ad incidere sul rapporto giuridico ancora in essere, rimasto in vita con il cedente (sebbene quiescente per l'illegittima cessione fino alla declaratoria giudiziale); il trasferimento del medesimo rapporto si determina solo quando si

perfeziona una fattispecie traslativa conforme al modello legale; diversamente, nel caso di invalidità della cessione (per mancanza dei requisiti richiesti dall'art. 2112 c.c.) e di inconfigurabilità di una cessione negoziale (per mancanza del consenso della parte ceduta quale elemento costitutivo della cessione), quel rapporto di lavoro non si trasferisce e resta nella titolarità dell'originario cedente.

Di particolare interesse poi il prosieguo della sentenza che riconosce un principio di diritto sulla sostanza del rapporto. Infatti "pure a fronte di una duplicità di rapporti (uno, de iure, ripristinato nei confronti dell'originario datore di lavoro, tenuto alla corresponsione delle retribuzioni maturate dalla costituzione in mora del lavoratore; l'altro, di fatto, nei confronti del soggetto, già cessionario, effettivo utilizzatore), la prestazione lavorativa solo apparentemente resta unica: giacché, accanto ad una prestazione materialmente resa in favore del soggetto con il quale il lavoratore, illegittimamente trasferito con la cessione di ramo d'azienda, abbia instaurato un rapporto di lavoro di fatto, ve n'è un'altra giuridicamente resa, non meno rilevante sul piano del diritto, in favore dell'originario datore, con il quale il rapporto di lavoro è stato de iure (anche se non de facto, per rifiuto ingiustificato del predetto) ripristinato; nello stesso senso, è stato ribadito il consolidato orientamento circa l'interesse a far valere giudizialmente l'insussistenza di un trasferimento di ramo d'azienda da parte del lavoratore ceduto, nonostante la prestazione di lavoro resa in favore del cessionario e le eventuali vicende risolutive del rapporto con il medesimo, siccome irrilevanti.

ARGOMENTO

## Specifiche sull'indennità supplementare al Tfr per i Dirigenti industriali

Ricorre in Cassazione il lavoratore assunto a tempo indeterminato, con la qualifica di dirigente e con rapporto di lavoro soggetto alla disciplina del Ccnl per i dirigenti dell'industria, perché licenziato a seguito della chiusura dell'attività produttiva

dell'azienda, collocata in amministrazione straordinaria. Il Tribunale di Roma aveva rigettato l'opposizione proposta dal dirigente avverso l'ammissione al passivo dell'importo dell'indennità supplementare al trattamento di fine rapporto, prevista dall'accor-

Cass., sez. Lavoro,  
7 luglio 2021, n. 19378

AUTORE  
ANGELA LAVAZZA  
Consulente del Lavoro in Milano





do sindacale del 27 aprile 1995 nel caso di risoluzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, motivata dalle situazioni di cui alla Legge 23 luglio 1991, n.223, da amministrazione straordinaria ai sensi della legge 3 aprile 1979, n.95 o messa in liquidazione nei casi previsti dal Codice Civile.

Il Tribunale di Roma non aveva contestato l'applicabilità dell'accordo sindacale ma, riferendosi all'art. 5, comma 2 *ter*, del D.l. n. 347 del 2003, aveva osservato che in deroga ai principi civilistici, una speciale ipotesi di trasferimento dei lavoratori è realizzabile anche attraverso il licenziamento e la successiva riassunzione, nella quale il licenziamento costituisce soltanto una modalità di trasferimento del lavoratore. Ritenuto pertanto che l'indennità supplementare è dovuta soltanto nelle ipotesi in cui si verificano, nell'ambito delle fattispecie indicate dall'accordo, una effettiva chiusura del rapporto di lavoro, il tribunale aveva affermato che incombe al dirigente che chiede la corresponsione dell'indennità, l'onere di fornire la prova della mancata riassunzione, precisando che a tal fine non assume rilievo la circostanza che il dipendente sia rimasto disoccupato, ma che egli non sia stato ricollocato nell'ambito della medesima procedura di amministrazione straordinaria.

La Suprema Corte ha ricordato che in tema di rapporto di lavoro dei dirigenti d'azienda, l'indennità supplementare al trattamento di fine rapporto, prevista dall'accordo interconfederale del 27 aprile 1995, dev'essere ri-

conosciuta al dipendente nel caso in cui il licenziamento sia obiettivamente causato da ristrutturazione, riorganizzazione, riconversione o crisi aziendale, non risultando necessario che ci sia una effettiva chiusura del rapporto di lavoro e che il dipendente versi in uno stato di disoccupazione. Premesso che l'indennità in questione, prosegue la Suprema Corte, fa riferimento a "casi speciali, ai casi cioè in cui l'assetto aziendale, per le varie causali indicate, viene radicalmente modificato così da coinvolgere una pluralità di dirigenti della stessa impresa, con conseguente necessità di sopperire alle relative emergenze occupazionali, giacché i dirigenti non rientrano nell'ambito di operatività né della cassa integrazione né dell'indennità di mobilità" ai fini del riconoscimento dell'indennità supplementare ciò che rileva sul piano del diritto, è l'effettiva ragione del recesso datoriale e la relativa causa, sia per ristrutturazione, riorganizzazione, riconversione o crisi aziendale. Pertanto, il dirigente licenziato a seguito di ammissione dell'impresa alla procedura di amministrazione straordinaria che intende far valere il diritto all'indennità supplementare, è tenuto a provare soltanto che il recesso del datore di lavoro ha avuto causa concreta nella situazione di crisi aziendale e non anche che lo stesso non sia stato riassunto, né di trovarsi in stato di disoccupazione.

Il ricorso è in parte accolto con rinvio al Tribunale di Roma.

#### ARGOMENTO

## Gli elementi tipici della subordinazione nel rapporto di lavoro giornalistico: l'orientamento della Cassazione

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 21793 del 29 luglio 2021, ha affermato che l'attività giornalistica resa in forma di collaborazione ma in maniera continuativa e ad alcune determinate condizioni, implica la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato. In particolare, i fatti di causa hanno visto una lavoratrice autonoma agire giudizialmente al fine di ottenere l'accertamento della sussistenza

di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato presso un gruppo editoriale. La lavoratrice, inoltre, richiedeva la condanna del datore di lavoro al pagamento delle differenze retributive dovute ai sensi del Ccnl a seguito della conversione.

In un primo momento la Corte di Appello di Trieste, in parziale accoglimento del ricorso presentato dalla lavoratrice ed in rifer-

Cass., sez. Lavoro,  
29 luglio 2021, n. 21793

AUTORE  
ANDREA DI NINO  
Consulente del Lavoro in Milano





ma della sentenza del tribunale competente, accertava la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato nel periodo dal gennaio 2010 al marzo 2013. La domanda di condanna al pagamento delle differenze retributive veniva, tuttavia, dichiarata nulla.

I giudici di merito avevano infatti accertato che nel periodo in contestazione la lavoratrice aveva seguito con continuità la cronaca locale, avendo la responsabilità di uno specifico settore informativo, del quale aveva assicurato la copertura durante il corso del rapporto di lavoro.

La società editrice, in opposizione al giudizio di secondo grado, ricorreva in Cassazione rivendicando l'inesistenza di un rapporto di collaborazione fisso tra le parti, poiché non risultava dimostrato che alla lavoratrice fosse stata chiesta, nel corso del rapporto di lavoro, alcuna disponibilità tra una prestazione giornalistica e l'altra.

Inoltre il datore di lavoro riteneva che nel rapporto intercorso tra le parti non fossero fattualmente ravvisabili i tipici elementi rilevatori della subordinazione, sia in generale che con specifico riguardo all'attività giornalistica. La lavoratrice, infatti, lavorava in maniera discontinua e con un impegno circoscritto nel tempo; non aveva mai dovuto garantire la propria presenza tra una prestazione di lavoro e l'altra, né era tenuta ad assicurare la propria reperibilità; non doveva, infine, chiedere ferie. A dire del datore di lavoro, in definitiva, la lavoratrice non poteva dirsi assoggettata ad alcun potere direttivo, organizzativo e disciplinare.

I giudici della Corte di Cassazione, nell'esaminare il ricorso presentato dall'editore, hanno osservato che *"nell'ambito del lavoro giornalistico per la figura del collaboratore fisso rileva la continuità dell'apporto, limitato, di regola, ad offrire servizi inerenti ad un settore informativo specifico di competenza"*. Attingendo da consolidata giurisprudenza, la Suprema Corte ha ribadito come per *"continuità dell'apporto"* si intenda lo svolgimento di un'attività non occasionale, *"rivolta ad assicurare le esigenze formative e informative di uno specifico settore"*, a cui si affiancano la *"responsabilità di un servizio, che implica la*

*sistematica redazione di articoli su specifici argomenti o rubriche"* e il *"vincolo di dipendenza, per effetto del quale l'impegno del collaboratore di porre la propria opera a disposizione del datore di lavoro permane anche negli intervalli fra una prestazione e l'altra"*.

In sostanza, la Cassazione indica che la continuità di prestazione risulta fondata quando il collaboratore fisso, pur non garantendo quotidianamente la propria opera, assicuri, conformemente ad un mandato, *"una prestazione non occasionale, rivolta a soddisfare le esigenze formative o informative riguardanti uno specifico settore di sua competenza"*.

Altresì, sussiste un vincolo di dipendenza nei casi in cui *"l'impegno del collaboratore fisso di porre a disposizione la propria opera non venga meno tra una prestazione e l'altra in relazione agli obblighi degli orari, legati alla specifica prestazione e alle esigenze di produzione, e di circostanza derivanti dal mandato conferitogli"*.

Si concretizza, infine, responsabilità di un servizio qualora al collaboratore fisso sia affidato l'impegno di redigere *"normalmente e con carattere di continuità articoli su specifici argomenti o compilare rubriche"*.

Alla luce delle considerazioni effettuate, la Cassazione acclara come nel secondo grado di giudizio sia stato accertato che la prestazione della lavoratrice era stata resa *"continuativamente ed in maniera tutt'altro che occasionale"*. Poteva infatti variare il numero degli articoli redatti, ma la prestazione era pressoché quotidiana, con eccezione della sola domenica.

Inoltre, è emerso come la lavoratrice avesse effettivamente la responsabilità di un settore, in relazione al quale lei stessa proponeva i temi da trattare.

È stato altresì riscontrato che la lavoratrice era inserita nell'organizzazione aziendale ed assoggettata alle direttive dei capi servizio di cui doveva rispettare i tagli e l'enfasi sulle notizie suggeriti. In definitiva, è stato accertato che le modalità con le quali si svolgeva la prestazione rivelavano la disponibilità della lavoratrice anche negli intervalli di tempo non lavorati.

Pertanto, la Corte di Cassazione ha respinto il ricorso del datore di lavoro, condannandolo al pagamento delle relative spese.





ARGOMENTO

## La sentenza passata in giudicato, anche se non esecutiva, accerta l'esistenza del diritto di credito e sospende la prescrizione

Nella vicenda in oggetto la parte, un'azienda S.r.l., si era opposta contro Equitalia S.p.a. e Inps, all'intimazione di pagamento di una cartella esattoriale.

Il giudice di primo grado rigettava l'opposizione e la decisione veniva confermata in appello, motivando la decisione sul fatto che si riteneva non prescritto il credito perché tra la data di deposito della sentenza e quella della notifica dell'intimazione di pagamento non era decorso il termine di prescrizione decennale.

Infatti rilevava la corte di secondo grado che la sentenza passata in giudicato, pur non contenente la pronuncia dell'esecutorietà della cartella, ha la funzione di accertare l'esistenza del diritto di credito fatto valere dall'Inps con la medesima cartella, tanto che in seguito alla pronuncia di rigetto dell'opposizione non è necessaria alcuna ulteriore attività di quantificazione del credito vantato dall'Istituto; conseguentemente il titolo della pretesa contributiva cessa di essere l'atto amministrativo (la cartella) e diventa la sentenza che determina l'assoggettamento della riscossione del credito previdenziale al termine decennale di cui all'art. 2953 c.c. relativo all'*actio iudicati*.

Contro questa sentenza impugna l'azienda, adducendo come unico motivo che solo la sentenza irrevocabile di condanna conferisce un importante elemento di novità rappresentato da un comando giuridico, in forza del quale ciò che era dovuto in base alla legge sostanziale propria della fattispecie originaria può essere preteso per effetto di tale comando, con applicazione del termine di prescrizione decennale; aggiunge che tale non è la sentenza che contiene solo una statuizione dichiarativa, costitutiva del diritto dell'Inps alla riscossione dei contributi iscritti a ruolo ma non la condanna al pagamento delle corrispondenti somme.

Questo motivo viene considerato infondato dagli Ermellini.

Se infatti, come da previsione dell'art. 2953 c.c. solo le sentenze di condanna passate in giudicato consentono una prescrizione più breve di dieci anni, è pur vero che la giurisprudenza riconosce questa eccezione anche ad altri atti, pur diversi dalla "sentenza di condanna", ritenendosi comunque ricollegabile al giudicato l'indiscutibilità del credito oggetto del giudizio.

Questi atti sono stati individuati ne:

- il decreto ingiuntivo inopposto che sia esecutivo;
- il decreto penale di condanna al pagamento, oltre che dell'ammenda, dei contributi non corrisposti e di una somma aggiuntiva uguale all'ammontare dei contributi stessi (sanzione avente carattere civile);
- il decreto penale di condanna al pagamento, oltre che dell'ammenda, dei diritti doganali evasi nel contrabbando;
- le ipotesi di giudizi definiti con sentenze, ma non recanti formalmente una condanna, bensì il rigetto della domanda introduttiva del giudizio, come i casi di ingiunzione di pagamento delle sanzioni amministrative pecuniarie previste per la violazione di norme tributarie, confermata da sentenza passata in giudicato o delle cartelle esattoriali in materia tributaria, ove sia intervenuta sentenza passata in giudicato che abbia respinto l'opposizione del contribuente.

In questo caso il diritto iniziale è stato pienamente accertato in giudizio, addirittura può essere rimodulato nel suo importo e, pertanto, la prescrizione decorre dal giudicato e non più dall'emissione dell'atto.

La sentenza ha dunque affermato in materia tributaria il principio generale secondo il quale, in tutti i casi in cui la legge stabilisce una prescrizione più breve di dieci anni, una volta formatosi il giudicato, proprio perché non ha più giuridico rilievo il titolo originario del credito riconosciuto, i relativi diritti si prescrivono con il decorso di dieci anni.

Cass., sez. Civ.,  
15 luglio 2021, n. 20262

AUTORE

ELENA PELLEGATTA  
Consulente del Lavoro in Milano





ARGOMENTO

## Le anticipazioni del trattamento di fine rapporto, se non supportate da idoneo titolo, pagano la contribuzione ordinaria

Con procedimento n. 11645/2015 una società ricorreva in Cassazione contro la sentenza della Corte d'Appello di Venezia che confermava la pretesa dell'Inps su somme riconosciute al lavoratore, a detta del datore di lavoro, a titolo di anticipazioni del Tfr.

La Suprema Corte, nel ripercorrere la vicenda sotto il profilo del diritto, ha ricostruito l'istituto dell'anticipazione del trattamento di fine rapporto, secondo le previsioni dell'articolo 2120 del codice civile.

In questo senso ha individuato i profili oggettivi e soggettivi che consentono tale erogazione, quali, in via ordinaria l'anzianità del lavoratore, il limite del 70% del trattamento maturato, la necessità di far fronte a spese sanitarie o all'acquisto della prima casa per sé o per i figli, i limiti del 10% degli aventi tutolo e del 4% del totale dei dipendenti. Al di fuori di dette ipotesi, ha rimarcato il Collegio, i contratti collettivi ed i patti individuali possono individuare condizioni di miglior favore al fine di derogare alla disciplina legale, ovvero (solo la contrattazione collettiva) stabilire criteri di priorità per l'accoglimento delle domande.

A fronte del quadro normativo delineato, tuttavia, la Corte ha osservato come il ricorrente non avesse prodotto alcun titolo idoneo a qualificare con certezza l'erogazione monetaria fatta al lavoratore come anticipazione del TFR.

Conseguentemente detti importi non potevano sottrarsi all'obbligazione contributiva, così come statuito dal Giudice di Merito.

La sentenza in questione si pone in un alveo giurisprudenziale già ben delineato da precedenti sentenze di legittimità come la n. 4133 del 22/02/2007 (sez. Lavoro) e la n. 31260 del 29/11/2019 (VI sez. Civile), che hanno rimarcato come spetti al datore di lavoro fornire prova, mediante titoli idonei, della qualificazione delle somme erogate come anticipazioni del TFR, dovendosi, in difetto, assoggettare le stesse a contribuzione previdenziale.

Tanto meno è richiamabile in questa vicenda la pronuncia della Corte Costituzionale n. 142 del 5 aprile 1991, poiché mai il Giudice delle Leggi ha inteso derogare all'obbligo di costituire i titoli idonei a derogare la disciplina civilistica ordinaria in materia.

Cass., sez. Lavoro,  
22 febbraio 2021, n. 4670

**AUTORE**  
PAOLO PALMACCIO  
Consulente del Lavoro in Formia (Lt)  
e San Leucio del Sannio (Bn)

ARGOMENTO

## Prova del diritto agli sgravi

Con la pronuncia in esame, la Cassazione rigetta il ricorso proposto dalla società datrice di lavoro avverso sentenza della Corte d'Appello di Catanzaro, che ne aveva rigettato l'opposizione alla cartella esattoriale intimante il pagamento di contributi omessi per effetto di conguagli non spettanti a titolo di indennità di malattia, assegni familiari e sgravi ex L. n. 407/1990, tutti accertati a seguito di verbale ispettivo. La Corte, in particolare, ha confermato da un lato, che il datore di lavoro debba essere ritenuto il legittimato passivo rispetto alla

pretesa restitutoria dell'Inps per somme anticipate ai propri dipendenti a titolo di prestazioni previdenziali temporanee, di cui successivamente sia stata accertata la non spettanza, ancorché per motivi non valutabili dal datore di lavoro medesimo; sotto altro profilo, ha ritenuto che gravasse sul datore di lavoro la prova del diritto agli sgravi e che detta prova, nella specie, non fosse stata raggiunta.

### IL SOGGETTO LEGITTIMATO PASSIVO ALLA RESTITUZIONE DI PRESTAZIONI PREVIDENZIALI E ASSISTENZIALI INDEBITE

In merito a tale punto, la Corte ricorda ➤

Cass., sez. Lavoro,  
7 luglio 2021, n. 19316

**AUTORE**  
SABRINA PAGANI  
Consulente del Lavoro in Milano





che l'art. 1, D.l. n. 663/1979 (conv. con L. n. 33/1980), prevede, al comma 3, che le indennità di malattia e di maternità che siano state «indebitamente erogate al lavoratore e poste a conguaglio, sono recuperate dal datore di lavoro sulle somme dovute a qualsiasi titolo in dipendenza del rapporto di lavoro e restituite all'Istituto nazionale della previdenza sociale», e al comma 4 che «qualora il datore di lavoro non possa recuperare le somme stesse, è tenuto a darne comunicazione all'Istituto, che provvederà direttamente al relativo recupero». Pertanto, prosegue la Corte, il presupposto affinché l'ente previdenziale debba rivolgersi al lavoratore per recuperare le somme indebitamente anticipategli dal datore di lavoro a titolo di indennità per malattia o maternità successivamente risultate non dovute e già oggetto di conguaglio, è che il datore di lavoro stesso abbia comunicato all'Inps di non poter provvedere al recupero; e, di riflesso, che - salvo appunto il caso in cui siffatta comunicazione abbia tempestivamente avuto luogo - legittimato passivo dell'azione di recupero sia proprio il datore di lavoro, il quale, come dispone l'art. 1, comma 3, D.l. n. 663/1979, cit., ben potrà rivalersi nei confronti del lavoratore «sulle somme dovute a qualsiasi titolo in dipendenza del rapporto di lavoro».

Pertanto, anche se la non spettanza di dette prestazioni non era sindacabile del datore di lavoro (nel caso specifico, per quanto riguarda le prestazioni di malattia, il lavoratore

non aveva presentato all'Inps i relativi certificati) il conguaglio con i contributi correnti dovuti all'Inps di prestazioni anticipate al lavoratore e successivamente risultate indebite, configura un'omissione contributiva di cui il datore di lavoro deve rispondere all'Inps.

#### LA PROVA DEL DIRITTO AGLI SGRAVI

Su tale punto la sentenza rimanda a Cass., n. 1157 del 2018, che ricorda che si è già statuito che “in tema di sgravi contributivi e di fiscalizzazione degli oneri sociali, grava sull'impresa che vanti il diritto al beneficio l'onere di provare la sussistenza dei necessari requisiti in relazione alla fattispecie normativa di volta in volta invocata” (Cass., sez. Lav. n. 5137 del 9.3.2006; in senso conf. Cass., sez. Lav. n. 16351 del 24.7.2007).

L'ente previdenziale che agisca per conseguire la differenza tra la contribuzione dovuta in misura piena e quella versata dal datore di lavoro che ritenga di aver diritto al beneficio degli sgravi, dunque, non esercita alcuna pretesa “restitutoria e sanzionatoria” (che comporterebbe l'onere della prova in capo all'Istituto), ma la normale azione per l'adempimento della contribuzione dovuta, a fronte della quale è onere del datore di lavoro provare i presupposti del fatto modificativo in ipotesi costituito dallo sgravio contributivo. In mancanza di tale prova, il conguaglio degli sgravi determina un indebito contributivo, che legittima l'azione di recupero dell'Istituto nei confronti del datore di lavoro.

#### ARGOMENTO

## Risarcimento del danno da perdita di chance

La Corte d'Appello di Genova, in riforma della decisione resa dal Tribunale di Genova, accoglieva la domanda proposta dai lavoratori nei confronti di un istituto sanitario, dichiarando sussistenti i denunciati vizi della procedura di selezione seguita dall'istituto per la scelta del personale da assumere nella qualifica di operatore sanitario tra quello inserito nelle liste di collocamento e mobilità della Provincia di Genova e condannando l'istituto al paga-

mento in favore delle istanti, a titolo di risarcimento del danno da perdita di *chance*, di un importo pari a dieci mensilità della retribuzione globale di fatto cui avrebbero avuto diritto ove assunte.

La decisione della Corte territoriale discende dall'aver questa ritenuto violata la norma di cui all'art. 27 del D.P.R. n. 487/1994, che prevede doversi la selezione basarsi su prove pratiche attitudinali o su sperimentazioni lavorative, per aver viceversa l'Istituto dato corso ai ►

Cass., sez. Lavoro,  
8 agosto 2021, n. 19521

**AUTORE**  
STEFANO GUGLIELMI  
Consulente del Lavoro in Milano





fini in questione ad una prova scritta ed in relazione a tale violazione esperibile il rimedio risarcitorio richiesto dalle istanti, da ritenersi nella specie spettante “essendo lecito pensare che se le prove dirette a valutare l’idoneità fossero state conformi al dettato normativo, diversa sarebbe stata la sorte delle ricorrenti”.

Per la cassazione di tale decisione ricorre l’Istituto.

L’Istituto ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 27 del D.P.R. n. 487/1994 (nonché del Ccnl 20.9.2001 e dell’Accordo Stato Regioni Province 22.2.2001), artt. 3 e 97 Cost. (violazione dei principi di uguaglianza, di ragionevolezza di imparzialità e rispetto della par condicio) e art. 5, D.lgs. n. 165/2001, e imputa alla Corte territoriale lo scostamento dai principi di diritto accolti da questa Corte in vertenze del tutto sovrapponibili, per cui la normativa richiamata riserva all’ente pubblico la scelta sulle forme e le modalità con le quali svolgere la selezione di idoneità, non essendo vincolato al rispetto delle regole che valgono solo per i concorsi pubblici, derivandone l’ammissibilità di una valutazione attitudinale ope-

rata richiedendo agli avviati al lavoro di predisporre per iscritto le risposte a domande concernenti ambiti di intervento pratico specifico, tenuto conto anche della necessità di interazione dell’operatore sanitario con figure professionali più elevate, e l’insindacabilità da parte del giudice degli esiti della prova così espletata.

Il motivo di ricorso merita accoglimento, dovendo ritenersi, alla stregua dell’orientamento espresso da questa Corte (cfr. Cass. 22 luglio 2016, n. 15223) cui il Collegio intende dare continuità, che non sussiste violazione dell’art. 27, D.P.R. n. 487/1994, risultando la prova scritta riconducibile nell’alveo della “prova pratica” ben potendo essere orientata alla valutazione, non del grado di conoscenza astratta dei principi di una determinata disciplina, bensì della capacità di assumere in concreto i comportamenti necessari in un determinato contesto.

Il ricorso va dunque accolto e la sentenza cassata con rinvio alla Corte d’Appello di Genova, in diversa composizione, che provvederà in conformità, disponendo altresì per l’attribuzione delle spese del presente giudizio di legittimità.

ARGOMENTO

## Recesso anticipato del dirigente a tempo determinato: la condanna a titolo risarcitorio non configura danno pensionistico

**N**el caso in esame C. era stata condannata al pagamento di una somma di oltre 590.000 euro a titolo di risarcimento del danno per il recesso anticipato dal rapporto a tempo determinato intercorso tra questa e un dirigente.

Il dirigente aveva successivamente anche richiesto la condanna del datore di lavoro al versamento contributivo calcolato sulla somma riconosciuta a titolo di risarcimento ed in subordine la condanna al risarcimento del danno pensionistico derivante dal mancato versamento dei suddetti contributi.

La Corte d’Appello di Roma, contrariamente ai giudici di primo grado, condannava l’appellata anche al risarcimento del danno pensionistico.

Contro tale sentenza ricorre in Cassazione C. in quanto la condanna subita al risarcimento del danno era passata in giudicato e come tale era preclusa qualsiasi altra pretesa ritenuta deducibile ma non proposta nella fase processuale originaria, in quanto il giudicato, in relazione al medesimo oggetto del contendere, copre non solo il dedotto ma anche il deducibile.

Cass., Civile, sez. Lavoro, 26 luglio 2021, n. 21357

**AUTORE**  
CLARISSA MURATORI  
Consulente del Lavoro in Milano





La censura esposta di parte datoriale è fondata. In primo luogo, per un concetto di certezza del diritto.

Una sentenza passata in giudicato fissa le regole del caso concreto e impedisce il formarsi di giudicati contrastanti conformemente al principio del “*ne bis in idem*” che ne garantisce la stabilità della decisione. Nel caso di specie quindi ogni ulteriore voce di credito azionabile che non era stata fatta valere nel primo giudizio doveva ritenersi preclusa dal giudicato.

Ma vi è un altro aspetto che è opportuno evidenziare e cioè che l’ammontare della somma versata, seppure parametrata al li-

vello retributivo del dirigente, ha una vera e propria funzione risarcitoria determinata dal recesso *ante tempus* dal contratto, ha in sostanza un valore di mero reintegro patrimoniale e non certamente un’accezione retributiva, quindi la pretesa contributiva e da questa quella del danno pensionistico non può trovare accoglimento.

Il carattere risarcitorio dell’indennizzo non è assimilabile a omessa retribuzione pertanto esclude l’obbligo contributivo.

Per tali ragioni il ricorso del datore di lavoro deve essere accolto e le spese compensate tra le parti.

ARGOMENTO

## Quando la discriminazione sul lavoro è indiretta

Una dipendente di A.d.E. lamenta una discriminazione di genere con riferimento ai criteri adottati in un concorso interno per la progressione in carriera. In particolare, l’esperienza di servizio maturata, per i lavoratori *part-time*, veniva calcolato riproporzionando i periodi di servizio alla minore attività lavorativa svolta. Con tale criterio di valutazione, risulterebbero penalizzati i lavoratori *part-time* (nel caso di specie quasi tutte donne). Al riguardo, la Suprema Corte ha ribadito che, ai fini di una corretta applicazione del metodo di comparazione, il giudice, al fine di verificare l’esistenza di una discriminazione indiretta di genere, nel caso in cui disponga di dati statistici, deve in primo luogo prendere in considerazione l’insieme dei lavoratori assoggettati alla disposizione di cui si dubita; il miglior metodo di comparazione consiste, poi, nel confrontare tra loro: le proporzioni rispettive di lavoratori che sono e che non sono “colpiti” dall’asserita disparità di trattamento all’interno della manodopera di sesso maschile (rientrante nel campo di applicazione della disposizione) e le medesime proporzioni nell’ambito della mano d’opera femminile.

All’esito del raffronto tra le rispettive percentuali, l’effetto discriminatorio emerge-

rebbe se i dipendenti *part-time* colpiti dal criterio di selezione fossero costituiti in percentuale significativamente prevalente da donne. In detta eventualità spetterebbe al datore di lavoro provare la sussistenza della causa di giustificazione ovvero che la disposizione adottata riguardava requisiti essenziali allo svolgimento dell’attività lavorativa che essa rispondeva ad un obiettivo legittimo e che i mezzi impiegati per il suo conseguimento erano appropriati e necessari.

Il giudice del merito, nell’ipotesi di accertato «effetto discriminatorio», dovrà dunque valutare se nel contesto specifico degli impieghi interessati dalla disposizione e, in particolare, delle mansioni svolte dalla parte ricorrente, esista o meno un nesso tra l’esperienza acquisita con l’esercizio della funzione ed il numero delle ore di lavoro svolte, con onere della prova a carico dell’Inps.

La sentenza impugnata viene quindi cassata in accoglimento del secondo motivo di ricorso e la causa rinviata alla Corte d’Appello di Torino, affinché effettui una nuova indagine sull’esistenza della denunciata discriminazione indiretta di genere, avvalendosi, in caso di utilizzo del criterio statistico, del metodo delineato in sentenza.

Cass., sez. Lavoro,  
29 luglio 2021, n. 21801

AUTORE  
LUCIANA MARI  
Consulente del Lavoro in Milano



# Lavoro Diritti Europa

Rivista nuova di Diritto del Lavoro

PUBBLICATA CON IL SOSTEGNO ANCHE DELL'ORDINE

Con altrettanto piacere comunichiamo che il numero 2/2021 di LDE ha registrato oltre 97mila accessi (114.446 il numero antecedente); dati rilevati da Google Analytics.

LDE ha ottenuto la classificazione ANVUR come Rivista Scientifica dell'Area 12.

La Rivista si propone di affrontare i temi più attuali del diritto del lavoro, alla luce della Dottrina e della Giurisprudenza più recenti, con l'obiettivo di creare uno strumento di riflessione e di approfondimento sulle questioni più rilevanti.

Al fine di facilitare l'accesso alla più ampia platea di destinatari LDE viene concepita come strumento agile, in formato elettronico e ad accesso libero e gratuito, in modo da rimuovere qualunque ostacolo, anche minimo, per chi abbia interesse a leggere i saggi, le note a sentenza e gli altri contenuti che essa presenterà.

**Per accedere al sito della Rivista, è sufficiente fare clic sul seguente indirizzo:**

► <https://www.lavorodirittieuropa.it/> ◀

**facebook**

Da oggi LDE è anche su Facebook! Segui la nostra pagina per rimanere costantemente aggiornato!

Per consultare i numeri precedenti, è sufficiente fare clic sul link [Archivio Rivista](#)

Per chi voglia collaborare con la Rivista, si rinvia al file [COLLABORA CON NOI](#)

All'indirizzo di posta elettronica della Rivista possono essere fatti pervenire commenti ai temi trattati negli articoli pubblicati, che verranno poi inseriti nella rubrica ["a parer mio, la voce dei lettori"](#)

Sarà gradito l'inoltro di questo messaggio alla Sua mailing-list e/o a chi ritiene possa essere interessato; si sottolinea l'opportunità di [isciversi alla NEWSLETTER](#), che si pone come strumento di servizio per dare una tempestiva informazione su sentenze, accordi collettivi, testi normativi o altri documenti di interesse immediato.

L'indirizzo di posta elettronica della Rivista è: [redazione@lavorodirittieuropa.it](mailto:redazione@lavorodirittieuropa.it)

Auguriamo a tutti buona lettura.

## COME COLLABORARE CON LAVORO DIRITTI EUROPA

**Indichiamo qui alcuni modi per una collaborazione (ben accetta) alla Rivista.**

- Segnalare sentenze, ordinanze e altri provvedimenti significativi
- Segnalare il nome di chi potrebbe scrivere una nota a tali provvedimenti
- Segnalare Accordi collettivi, Verbal di conciliazione, Lodi arbitrali significativi per il contenuto e meritevoli di diffusione, che saranno tempestivamente diramati con la [Newsletter](#)
- Proporre temi per un saggio o un articolo e, auspicabilmente, il nome di chi potrebbe occuparsene
- Segnalare Convegni, Seminari e altre occasioni di studio in materia di diritto del lavoro (da pubblicare nella rubrica: "Eventi").
- Inoltare la Rivista alla propria mailing-list e/o a chi si ritiene possa essere interessato
- All'indirizzo di posta elettronica della Rivista possono essere anche fatti pervenire commenti agli articoli pubblicati, che verranno poi inseriti, senza necessità di preventivo accordo, nella rubrica ["a parer mio, la voce dei lettori"](#)

[Iscriviti alla Newsletter](#)

*"Ricordiamo che la rivista on line "Lavoro Diritti Europa" è pubblicata anche con il sostegno dell'Ordine dei Consulenti del lavoro di Milano. In ogni numero della Rivista (nella sezione Rubriche/Punti di vista) sarà presente un nostro intervento sulle problematiche di stretta attualità con suggerimenti e orientamenti per la risoluzione dei problemi che si riscontrano nella quotidiana attività professionale. Ricordiamo che un componente del Centro Studi e Ricerche dell'Ordine dei Consulenti del lavoro di Milano fa parte del Comitato di redazione della Rivista".*

► Per leggere l'Indice della Rivista clicca [qui](#). ◀